

ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- La Orden Europea de Detención y Entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la decisión marco sobre la “euroorden”. *Coral Arangüena Fanego* 11

JURISPRUDENCIA

- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA 99
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 105
 - **Sentencia 60/2003 (Sala 2.ª), de 24 de marzo:** Derecho a la asistencia letrada 105
 - **Sentencia 61/2003 (Sala 2.ª), de 24 de marzo:** Habeas Corpus . 108
 - **Sentencia 75/2003 (Sala 1.ª), de 23 de abril:** Principio acusatorio 110
 - **Sentencia 82/2003 (Sala 2.ª), de 5 de mayo:** Vulneración del derecho a la libertad: auto de prisión acordado tardíamente .. 112
 - **Sentencia 88/2003 (Sala 1.ª), de 19 de mayo:** Allanamiento de locales protegidos 116
 - **Sentencia 95/2003 (Pleno), de 22 de mayo:** Derecho a la justicia gratuita de los extranjeros 122
- TRIBUNAL SUPREMO 127
 - **Sentencia 115/2003, de 3 de febrero:** Recurso de casación para unificación de doctrina 127

	Página
— Sentencia 107/2003, de 4 de febrero: Negativa a someterse a la prueba de ADN	130
— Sentencia 135/2003, de 4 de febrero: Detención ilegal. Error de tipo	131
— Sentencia 142/2003, de 5 de febrero: Estafa. “Receptación civil” .	133
— Sentencia 148/2003, de 6 de febrero: Lesiones	136
— Sentencia 238/2003, de 12 de febrero: Estafa. Delito continuado .	138
— Sentencia 195/2003, de 15 de febrero: Malversación de caudales públicos. Responsabilidad civil derivada del delito	140
— Sentencia 257/2003, de 18 de febrero: Malversación de caudales públicos. “Non bis in idem”	142
— Sentencia 52/2003, de 24 de febrero: Delitos contra el medio ambiente	146
— Sentencia 160/2003, de 24 de febrero: Prueba ilícita	163
— Sentencia 258/2003, de 25 de febrero: Presunción de inocencia y valoración probatoria	165
— Sentencia 259/2003, de 25 de febrero: Tráfico de drogas ...	167
— Sentencia 327/2003, de 25 de febrero: Genocidio. Principio de justicia universal	168
— Sentencia 311/2003, de 5 de marzo: Infidelidad en la custodia de documentos	185
— Sentencia 312/2003, de 5 de marzo: Tenencia ilícita de armas .	188
— Sentencia 331/2003, de 5 de marzo: Imparcialidad del juzgador. Recusación	191
— Sentencia 2147/2002, de 5 de marzo de 2003: Responsabilidad civil derivada del delito	196
— Sentencia 375/2003, de 10 de marzo: Lesiones	197
— Sentencia 298/2003, de 14 de marzo: Prescripción. Estafa. Responsabilidad civil	200
— Sentencia 436/2003, de 20 de marzo: Entrada y registro	208
— Sentencia 410/2003, de 24 de marzo: Entrada y registro. Competencia	209
— Sentencia 388/2003, de 1 de abril: Delitos contra el medio ambiente	211
— Sentencia 1612/2002, de 1 de abril de 2003: Intrusismo	214
— Sentencia 44/2003, de 3 de abril: Delito fiscal. Prescripción	218

	Página
— Sentencia 577/2003, de 14 de abril: Incongruencia omisiva .	228
— Sentencia 581/2003, de 21 de abril: Veredicto del Jurado . . .	230
— Sentencia 498/2003, de 24 de abril: Prueba ilícita: límites para la proyección del efecto reflejo	232
— Sentencia 539/2003, de 30 de abril: Delito fiscal. Inducción	235
— Sentencia 660/2003, de 5 de mayo: Lesiones	237
— Sentencia 652/2003, de 6 de mayo: Imposición de pena adicional y diversa a la conformada en auto de aclaración	239
— Sentencia 677/2003, de 7 de mayo: Cooperación necesaria/complividad	241
— Sentencia 703/2003, de 13 de mayo: Auto de transformación a abreviado	243
— Sentencia 743/2003, de 14 de mayo: Derecho a ser informado de la acusación	246
— Sentencia 744/2003, de 21 de mayo: Penas accesorias (privación de la patria potestad)	249
— Sentencia 760/2003, de 23 de mayo: Delito continuado	251
— Sentencia 780/2003, de 29 de mayo: Responsabilidad civil derivada del delito	257
AUDIENCIAS PROVINCIALES	261
— Sentencia de 24 de mayo de 2002 (AP Barcelona): Delito contra la Hacienda Pública: Cálculo de las bases imponibles en el IVA a efectos de determinar la cuota defraudada	261
— Auto de 12 de julio de 2002 (AP Barcelona): Prescripción del delito: dies “a quo” y “a quem”. Cómputo sobre el subtipo cualificado	264
— Auto de 29 de julio de 2002 (AP Barcelona): Comunicación de una anotación de sanción obrante en los registros administrativos de tráfico: descubrimiento y revelación de secretos	266
— Auto 735/2002, de 24 de septiembre (AP Vizcaya): Aplicación del interés por mora del 20% al tramo que exceda de dos años . .	269
— Auto 2520/2002, de 27 de septiembre (AP Madrid): Vigilancia Penitenciaria: Cacheos con desnudo del interno	270
— Auto de 2 de octubre de 2002 (AP Barcelona): La denuncia de la persona agraviada en los delitos contra la propiedad intelectual	273

	Página
— Sentencia 423/2002, de 7 de octubre (AP Sevilla): Absolución de la falta de carencia de seguro obligatorio por encontrarse su vigencia suspendida	276
— Auto 2953/2002, de 18 de octubre (AP Madrid): Vigilancia Penitenciaria: Competencia territorial y funcional en los recursos de apelación contra autos de los juzgados de vigilancia en materia de clasificación penitenciaria	277
— Sentencia 49/2002, de 24 de octubre (AP Barcelona): La presunción de inocencia no se desvirtúa cuando la prueba de cargo es suministrada por la defensa	279
— Sentencia 974/2002, de 4 de noviembre (AP Barcelona): Delitos contra la seguridad de los trabajadores y de homicidio imprudente. Delimitación de responsabilidades en supuestos de subcontratación	281
— Sentencia 1036/2002, de 4 de noviembre (AP Barcelona): Fabricación, venta y distribución no consentidas de tarjetas decodificadoras de la señal de televisión digital: calificación penal	283
— Sentencia 815/2002, de 19 de noviembre (AP Barcelona): Naturaleza del peligro para la vida o la integridad de las personas en el delito de incendio	289
— Sentencia 456/2002, de 27 de noviembre (AP Madrid): Utilización indebida de vehículo de motor por quien no tomó parte en su sustracción	291
— Auto 21/2003, de 10 de enero (AP Madrid): Vigilancia penitenciaria: supresión de comunicaciones “vis a vis” como medida cautelar en un expediente sancionatorio penitenciario	293
— Sentencia 24/2003, de 28 de enero (AP Valencia): Cuantificación de la pena de días-multa referida a las faltas	295
— Sentencia 3/2003, de 13 de febrero (AP Vizcaya): Menores: pena aplicable por delito de robo en grado de tentativa	297
— Sentencia 101/2003, de 17 de febrero (AP Vizcaya): Aplicación del interés por mora del 20% a todo el período de devengo .	298
— Sentencia 94/2003, de 3 de marzo (AP Sevilla): Venta de prendas falsificadas en “mercadillos”: inexistencia de riesgo de confusión para el consumidor dada la diferencia de precio con las genuinas	300

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

- Consulta 1/2003, de 25 de julio, sobre la nueva configuración típica que presenta el delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.2 CP a partir de las medidas de liberalización del sector inmobiliario adoptadas en el Real Decreto-ley 4/2000 305

CRÓNICA LEGISLATIVA

- Crónica Legislativa 315

BIBLIOGRAFÍA

- Recensión 321
- Derecho Penal 331
- Derecho Procesal Penal 335

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA. ANÁLISIS DE LAS LEYES 2 Y 3 DE 14 DE MARZO DE 2003, DE TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DE LA DECISIÓN MARCO SOBRE LA “EUROORDEN”

CORAL ARANGÜENA FANEGO
*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Valladolid*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA EUROORDEN.
- III. CARACTERES GENERALES Y NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO.
- IV. MODALIDADES DE PROCEDIMIENTO.
- V. PRESUPUESTOS OBJETIVOS (REQUISITOS RELATIVOS A LOS HECHOS PENALES MOTIVADORES DE LA EMISIÓN DE UNA EUROORDEN).
 - 1. Relativos a la infracción.**
 - 2. Relativos a la pena o medida de seguridad.**
 - 3. Operatividad relativa del principio de doble incriminación.**
 - 4. Extinción de la responsabilidad penal.**
 - 5. El principio de especialidad.**
- VI. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS.
 - 1. Nacionalidad.**
 - 2. Minoría de edad.**
 - 3. Inmunidades y privilegios.**

VII. PRESUPUESTOS PROCESALES.

VIII. ENTREGA ACTIVA (EMISIÓN DE UNA ORDEN EUROPEA).

1. Competencia.

- A) Judicial.
- B) Administrativa.

2. Objeto.

- A) Mediato: ejercicio de acciones penales; ejecución de pena o medida de seguridad.
- B) Inmediata: detención y entrega; entrega de objetos; entrega temporal.
 - a) *Detención.*
 - b) *Entrega de objetos.*
 - c) *Entrega temporal.*

3. Contenido.

4. Transmisión de la orden europea.

5. Tramitación posterior.

IX. ENTREGA PASIVA (EJECUCIÓN DE UNA ORDEN EUROPEA).

1. Competencia.

- A) Judicial.
- B) Administrativa.

2. Recepción de la orden por la autoridad española. El control inicial de los presupuestos que autorizan la detención y entrega.

- A) Formales.
- B) Materiales.

3. Detención del reclamado.

4. Actuaciones inmediatas cuando la solicitud de entrega se cursó para el ejercicio de acciones penales contra el reclamado.

5. Audiencia preliminar. El control de la concurrencia de causas de denegación o condiciones a la entrega. La adopción de medidas cautelares.

- A) Causas de denegación.
- B) Condiciones para la entrega.
- C) Medidas cautelares.

6. Decisión.

- A) Supuestos.
- B) Dualidad de órganos decisorios.
- C) Plazos.
- D) Impugnación del auto.
- E) Decisión en caso de concurrencia de solicitudes.
- F) Contenido de la decisión y comunicación a la autoridad judicial de emisión.

7. Entrega del reclamado. Formas de llevarla a cabo y plazos.

- A) Entrega ordinaria o directa.
- B) Entrega (traslado) temporal.
- C) Entrega suspendida o condicional.

X. TRÁNSITO.

XI. REENTREGA.

1. Entrega ulterior.**2. Entrega ulterior a una extradición.****3. Extradición ulterior.**

XII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 17 de marzo de 2003 aparecieron publicadas en el Boletín Oficial del Estado las leyes 2 y 3, de 14 de marzo de 2003, la primera de ellas de naturaleza orgánica y complementaria de la segunda, relativa esta última a su vez a la orden europea de detención y entrega. Dichas normas, en vigor desde el 18 de marzo⁽¹⁾, han significado la transposición a nuestro ordena-

(1) Pese a que dicha entrada en vigor haya carecido inicialmente de efectos prácticos al haber sido España el primero de los Estados que ha llevado a cabo la transposición. Vid. más ampliamente apartado II).

miento de la Decisión marco ⁽²⁾ de 13 de junio de 2002 del Consejo relativa a la coloquialmente conocida como *euroorden*, primer instrumento jurídico de la Unión Europea en el que se hace aplicación del principio de reconocimiento mutuo enunciado en las conclusiones del Consejo de Tampere y adoptada en cumplimiento del mandato del Tratado de Amsterdam relativo a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia que exigía, en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal, una acción común que facilitara la extradición entre los Estados miembros, a tenor de lo preceptuado en los arts. 29 y 31.b) ⁽³⁾.

Las nuevas leyes españolas tienen precisamente por objeto cumplir con las obligaciones que la Decisión marco establece en esta materia para los Estados miembros, consistentes en la sustitución de los procedimientos extradicionales, incluidas las disposiciones del título III del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, por un nuevo procedimiento de carácter estrictamente judicial de entrega de las personas sospechosas de haber cometido algún delito o que eluden la acción de la justicia después de haber sido condenadas por sentencia firme. La ley 3/2003 (LOEDE, en adelante) diseña ese procedimiento de conformidad con las exigencias de la Decisión marco (DM), introduciendo por su parte la ley orgánica 2/2003 las modificaciones necesarias en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) para hacer efectivos esos nuevos cometidos atribuidos a los órganos jurisdiccionales.

Sin remontarnos a precedentes más o menos lejanos en la génesis de la cooperación judicial penal, y centrándonos en la intrahistoria de la euroor-

⁽²⁾ Como es sabido, la Decisión marco es la forma jurídica más habitual y eficaz en materia de cooperación judicial penal, norma europea adoptada por unanimidad que obliga a los Estados miembros en cuanto al resultado que debe conseguirse pero dejando a las autoridades nacionales la elección de las formas y de los medios. Se asimila en este punto a la clásica directiva pero, a diferencia de ella, carece de efecto directo. Ahora bien, el incumplimiento de la obligación de transponer la decisión marco no carece de consecuencias pues genera la iniciación de un proceso interno para depurar a nivel institucional la eventual responsabilidad estatal. En todo caso, y en particular en relación con aquellas Decisiones marco en las que cada Estado haya tomado una posición especialmente activa, sea de iniciativa, sea de impulso, adquiere obviamente una especial obligación de transponer que no se mide en sanciones económicas sino en prestigio nacional y en credibilidad ante los demás Estados de la Unión, según advierte SEGURA RODRIGO ("La cooperación policial y judicial penal en el ámbito de la Unión Europea", en *BIMJ*, n.º 1926, de 1 de octubre de 2002, p. 7). Téngase en cuenta su futura redenominación como *leyes marco* conforme dispone el art. 32 del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (CONV. 850/03).

⁽³⁾ De la versión consolidada publicada en el DOCE C n.º 340 de 10 de noviembre de 1997, equivalentes a los antiguos arts. K 1 y K 3.

den⁽⁴⁾, hemos de recordar que la Comisión, de acuerdo con el mandato otorgado por el decisivo Consejo Europeo de Tampere de 1999⁽⁵⁾, comenzó a trabajar sobre un proyecto destinado a poner en práctica el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales para hacer posibles las previsiones del Tratado de Amsterdam. La Comisión adoptó su propuesta de decisión marco el 19 de septiembre de 2001⁽⁶⁾, adelantándose una semana a sus previsiones iniciales a causa de los desgraciados atentados del 11 de septiembre de 2001.

Los jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en Consejo europeo extraordinario el 21 de septiembre en Bruselas, acogieron la propuesta y otorgaron el mandato al Consejo en su formación de ministros de Justicia e Interior de llegar a un acuerdo de creación de la orden de detención europea, objetivo que se enmarcaba dentro de uno de los cinco ejes básicos —refuerzo de la cooperación policial y judicial— que constituían el Plan de Acción diseñado. Dicho acuerdo político se obtuvo en el plazo previsto, diciembre de 2001, en vísperas del Consejo europeo de Laeken⁽⁷⁾, cristalizando finalmente en el plano legislativo en la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros⁽⁸⁾.

Dicha Decisión no sólo constituye un avance esencial en la construcción del espacio europeo de justicia, sino, y lo que es más importante, un punto de no retorno en la medida en que traduce un cambio de cultura en las relaciones judiciales entre los Estados miembros de la Unión Europea al pasar del sistema clásico de ayuda judicial mutua y de extradición entre ellos practicado a un sistema de reconocimiento mutuo y de confianza mutua entre autoridades judi-

(4) Vid. sobre estas cuestiones especialmente FONSECA MORILLO, F., “La orden de detención y entrega europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 14, enero/abril 2003, pp. 69 a 72. También CASTILLEJO MANZANARES, R., *Instrumentos en la lucha contra la delincuencia. La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros*, Madrid, 2002, pp. 61 a 66.

(5) Decisivo en esta materia en cuanto fijó las bases para la elaboración de numerosos instrumentos destinados a mejorar la cooperación judicial entre los distintos Estados miembros.

(6) Propuesta de Decisión marco del Consejo sobre el mandamiento de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros. COM (2001) 522 final.

(7) Celebrado en esa ciudad los días 14 y 15 de diciembre de 2001, bajo la presidencia de Bélgica, y que dedicó especial atención, además de a la euroorden, a Eurojust y a la cooperación judicial y policial en materia penal, así como al Libro Verde sobre la creación de un Fiscal europeo en materia financiera.

(8) DOCE L 190, de 18 de julio de 2002.

ciales⁽⁹⁾. Esto condiciona decisivamente los caracteres fundamentales de la euroorden tal y como ha sido diseñada.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA EUROORDEN

Delimitado genéricamente por los Estados miembros de la Unión Europea, la Disposición transitoria segunda de la LOEDE, en armonía con el art. 34.2 de la Decisión marco, establece su aplicación inmediata a los Estados miembros que hayan notificado a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión de la Unión Europea el texto y la entrada en vigor de las disposiciones de adaptación de sus legislaciones nacionales.

No obstante y a fecha de hoy⁽¹⁰⁾ no existe todavía ningún otro Estado que, como España, lo haya hecho en los términos exigidos y referidos⁽¹¹⁾, por lo que de momento habrá que aplicar fundamentalmente la previsión que se contiene a continuación en el precepto citado y que señala que respecto de los Estados miembros que no hayan cumplimentado dicha exigencia (al igual que respecto de cualquier Estado no miembro), se aplicarán los mecanismos de extradición vigentes; en particular, y en lo referente a Estados miembros, ha de citarse en primer término el Convenio europeo de extradición⁽¹²⁾ en su condición de norma básica a cuya complementación y desarrollo se dirigen los convenios celebrados entre Estados miembros de la Unión, destacando el Convenio establecido sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, firmado en

(9) Así FONSECA MORILLO, F., "La orden...", op. cit., p. 70.

(10) Estas páginas han sido escritas con motivo de mi intervención en el Seminario sobre la euroorden celebrado el 18 de julio de 2003 en el Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid dentro del Curso de Verano sobre Derecho Comunitario.

(11) Aunque por ejemplo Dinamarca haya elaborado ya su normativa interna de transposición, pero no haya satisfecho en cambio las exigencias de notificación y publicación a que alude el art. 34.2 de la Decisión Marco.

(12) Firmado en París el 13 de diciembre de 1957 (BOE núm. 136, de 8 de junio de 1982) y modificado posteriormente mediante el Protocolo Adicional al Convenio Europeo de 15 de octubre de 1975 y el Segundo Protocolo Adicional de 17 de marzo de 1978, ratificados ambos por España mediante instrumento de 18 de febrero de 1985 (BOE de 11 de junio de 1985). Existe una Propuesta de Posición Común del Consejo relativa a la notificación al Consejo de Europa, en aplicación del apartado 3 del art. 28 del Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957, de la aplicación por parte de los Estados miembros, en sus relaciones mutuas, de la orden de detención europea [COM (2003) 253 final, 6 de mayo de 2003].

Dublín el 27 de septiembre de 1996,⁽¹³⁾ y el Convenio establecido sobre la base del art. K.3 del TUE relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, firmado en Bruselas el 10 de marzo de 1995⁽¹⁴⁾.

No obstante ha de tenerse en cuenta que existe una obligación de transposición de las disposiciones contenidas en la Decisión marco antes del 31 de diciembre de 2003 (art. 34 de la DM), de tal modo que en teoría a partir del 1 de enero de 2004 dichas disposiciones sustituirán a las correspondientes de los convenios aplicables en materia de extradición en las relaciones entre los Estados miembros. Así se dispone expresamente en el art. 31 de la Decisión marco, donde se expone la relación de ésta con otros instrumentos jurídicos, entre ellos los mencionados, al tiempo que se faculta a los Estados miembros a seguir aplicando los acuerdos o convenios bilaterales o multilaterales en la medida que éstos permitan ir más allá de las disposiciones de la Decisión marco y contribuyan a simplificar o facilitar más los procedimientos de entrega de las personas que fueran objeto de una orden de detención europea⁽¹⁵⁾, o a celebrar otros nuevos con idéntica finalidad de simplificación o facilitación, en particular estableciendo plazos más reducidos que los contemplados en el art. 17 para la ejecución de la orden, ampliando la lista de infracciones previstas en el art. 2.2 excluidas del requisito de doble incriminación, limitando más los motivos de denegación de los arts. 3 y 4 o reduciendo el umbral penológico previsto genéricamente para permitir la entrega (art. 2.1) o excluirla del control de doble incriminación (art. 2.2).

Precisamente antes del 31 de diciembre de 2003, está prevista la elaboración por la Comisión de un Informe sobre la aplicación de la Decisión marco, primer balance por tanto de la implementación del texto con el análisis detallado de las legislaciones nacionales, así como de las eventuales mejoras. Que este Informe se prevea, por tanto, antes de la fecha de la aplicación general de la Decisión marco, nos da idea de la importancia de la euroorden.

(13) Publicado en el BOE de 24 de febrero de 1998.

(14) Ratificado por España el 21 de enero de 1999 y publicado en el BOE de 14 de abril de 1999.

(15) Por ejemplo el Acuerdo alcanzado entre las Fiscalías antiterroristas de España y Francia el 25 de septiembre de 2001 y conforme al cual se permite que cualquier persona acusada de delitos de terrorismo en uno de los dos países sea entregada de manera temporal e inmediata al país donde hubiera cometido el delito más grave y una vez interrogada, juzgada y, en su caso, condenada, sea devuelta al país donde se le detuvo originariamente para ser procesado por los delitos menores que hubieran conducido a su captura. Con ello se ha conseguido acelerar el procesamiento y enjuiciamiento de acusados de terrorismo que hasta el momento eran extraditados a España sólo después de cumplir condenas por delitos menores en Francia.

En cualquier caso, y como advierte FONSECA MORILLO ⁽¹⁶⁾, sería deseable que ese balance no se limitara a un análisis puramente jurídico de las legislaciones de transposición nacionales, sino que incluyera también uno más concreto de los métodos de funcionamiento de la orden de detención en los Estados miembros, pese a las dificultades que, desde un punto de vista metodológico, entraña dada la descentralización que caracteriza a este instituto, lo que puede redundar en que las autoridades centrales nacionales, interlocutores habituales de la Comisión, no siempre dispongan de la información necesaria. Se revela altamente conveniente, por ello, recurrir a otros instrumentos para obtener la referida información; en este sentido sería oportuno incluir este punto en el orden del día de alguna de las reuniones de la Red Judicial Europea toda vez que los corresponsales regionales y nacionales de la Red deben ser los primeros informados *in situ* de los casos de emisión y ejecución de la orden. Son ellos junto con Eurojust los que pueden proporcionar los primeros elementos concretos sobre la aplicación de este procedimiento.

III. CARACTERES GENERALES Y NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO

Este procedimiento se articula en torno a un modelo de resolución judicial unificado a escala de la Unión Europea, la orden de detención y entrega, que puede ser emitida por cualquier juez o tribunal con competencia en materia penal de un Estado miembro (Estado de emisión) que solicite la entrega de una persona por parte de la autoridad judicial de otro Estado miembro (Estado de ejecución) buscada y requerida, ya para el seguimiento de acciones penales, ya para el cumplimiento de una condena impuesta, siempre que, en ambos casos, la pena o medida de seguridad privativa de libertad previsible o efectivamente impuesta supere los mínimos exigidos —de conformidad con la Decisión marco— por la ley (doce o cuatro meses, respectivamente).

La aplicación del principio del reconocimiento mutuo determina que, recibida la orden europea por la autoridad judicial competente para su ejecución, ésta se produzca de forma *cuasi* automática, sin necesidad de que la autoridad judicial destinataria de la orden realice un nuevo examen de la solicitud para verificar su conformidad con el ordenamiento jurídico interno. Sólo de modo excepcional podrá procederse a dicha confrontación, estando no obstante tasados en la ley de modo riguroso los motivos de carácter objetivo y nunca político por los que puede negarse a la ejecución pedida, permitiendo su naturaleza una apreciación objetiva por la autoridad judicial. A este tenor, y como veremos posteriormente, el tradicional principio de doble tipificación se suprime para una lista de treinta y dos delitos conjugándose de modo equilibrado con la

(16) FONSECA MORILLO, F., “La orden...”, op. cit., p. 94.

posibilidad residual de recalificación por parte de la autoridad de ejecución para aquellos casos en que la infracción o bien no figure en la referida lista o bien, aun figurando, la sanción exigible con arreglo a la legislación del Estado de emisión no sea al menos de tres años de privación de libertad.

La denominación acogida (*orden de detención y entrega europea*) revela ya en sí misma la singularidad que reviste este mecanismo, frente a los tradicionales modelos extradicionales, al conceder un escaso margen de maniobra a la autoridad judicial receptora para evitar el cumplimiento de la misma en íntima correlación con ese principio de reconocimiento y confianza mutua que está en la base del sistema.

Por otra parte se conforma de manera sustancialmente distinta la detención y entrega de la persona puesto que, a diferencia de los procedimientos de extradición en que la detención preventiva del reclamado aparece como medida cautelar diferenciada y eventual, supeditada a la petición expresa del órgano requirente en caso de riesgo de fuga, de adopción facultativa y condicionada además a la posterior petición formal de extradición, se revela aquí como medida instrumental de la entrega y adoptada para hacer efectiva ésta, estando una y otra comprendidas en la misma solicitud y siendo la primera de cumplimiento obligatorio por el juez requerido⁽¹⁷⁾, sin perjuicio de que posteriormente pueda sustituir esta medida por otra más o menos grave como la prisión o libertad provisional en tanto adopta la decisión sobre la entrega.

El carácter predominantemente judicial del procedimiento unido a la mínima lista de motivos que permiten la denegación con la reducción drástica de los casos en que puede exigirse la doble incriminación, la desaparición de motivos de denegación tradicionales en los procedimientos extradicionales como los relativos a la no entrega de los nacionales o los calificados de delitos políticos conduce, si no a negar, sí al menos a atenuar de forma significativa el carácter de procedimiento de corte extradicional⁽¹⁸⁾.

(17) Siempre naturalmente que la solicitud se emita en relación con un supuesto comprendido en el ámbito de aplicación de la euroorden de conformidad con el art. 2 de la Decisión marco.

(18) Algo no obstante nada pacífico en los pocos trabajos que sobre la materia han sido publicados y que mayoritariamente afirman la naturaleza jurídica extradicional, considerando que todo lo más se trata de una extradición simplificada sin que se altere esa naturaleza jurídica porque se elimine la intervención de los Ministerios de Justicia y se acentúe el protagonismo de los sistemas judiciales. Vid. en este sentido DE MIGUEL ZARAGOZA, J., "Algunas consideraciones sobre la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de la extradición", en *Actualidad Penal*, n.º 4 (semana del 20 al 26 de enero de 2003); BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III (Proceso Penal)*, con MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO, 11.ª ed., Valencia, 2002, p. 465.

En efecto, tal y como será expuesto más adelante, el referido carácter judicial del procedimiento supone, al tiempo, que la intervención del ejecutivo sea mínima y se reduzca a los casos en que se produzca un concurso de solicitudes entre una euroorden y una petición de extradición cursada por un tercer país. Sólo en este punto tendrá capacidad de decisión; fuera de este caso sus atribuciones son de tipo administrativo y de gestión, limitadas al auxilio de las autoridades judiciales competentes y, en su caso, si lo decidiera el Estado miembro, a la transmisión y recepción administrativas de las órdenes de detención europeas así como de toda correspondencia oficial relacionada con ellas.

Anticipándose a su hipotética ratificación, la Decisión marco privilegia el principio de la ciudadanía de la Unión y abandona consiguientemente la excepción acordada para los nacionales. *De facto* todo ciudadano de la Unión será perseguido y condenado sobre la base de la euroorden cualquiera que sea su nacionalidad ⁽¹⁹⁾.

Otro motivo de satisfacción reside en la despolitización del procedimiento. El derecho extradicional clásico preveía el rechazo de la solicitud de extradición cuando se dedujera con respecto a un delito político. Concretamente el Estado requerido debía apreciar, con una inevitable dosis de subjetividad, si el hecho reprochado y aparentemente de derecho común en realidad disimulaba un delito puramente político. El mandato de detención europeo supera esta concepción al basarse en un principio de solidaridad y confianza mutua, habiéndose pasado, en expresión de BENOIT, del estadio de la asistencia al de la colaboración ⁽²⁰⁾, lo que, entre otras cuestiones, supone la no inclusión de este motivo entre el listado de los que con carácter obligatorio o facultativo permiten la negativa a la ejecución de una euroorden.

A las notas fundamentales señaladas, y que afectan básicamente a la naturaleza y estructura de la euroorden, se unen otras de tipo procedimental.

En primer lugar, y por lo que respecta a la forma, las órdenes de detención europeas tendrán un formulario común, el contenido en el anexo a la Decisión marco, recogido por tanto en términos idénticos en el anexo a la Ley 3/2003 que la transpone a la legislación española, exigiéndose su redacción en una de las lenguas oficiales del Estado de ejecución o en cualquier otra lengua aceptada por éste y debiendo contener los datos que se mencionan en el art. 3 de la

(19) Regla que no se aplica a Austria. En efecto, en tanto este país no modifique el art. 12 § 1 de la *Auslieferungs und Rechtshilfegesetz* y, a más tardar, hasta el 31 de diciembre de 2008, podrá permitir a sus autoridades judiciales de ejecución que denieguen la ejecución de una orden de detención europea si la persona reclamada es un ciudadano austriaco y si el acto por el que se ha emitido la orden no es punible con arreglo al derecho austriaco (art. 33).

(20) BENOIT, L., "Le mandat d'arrêt européen", en *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n.º 465, febrero de 2003, p. 107.

LOEDE y que, obviamente, se limitan a reproducir en este punto, según veremos posteriormente, lo que a su vez determina el art. 8 de la Decisión marco.

En segundo término y en cuanto al procedimiento seguido para su transmisión, a medio plazo se prevé que puedan ser difundidas por el sistema de información de Schengen⁽²¹⁾, lo que contribuirá a la eficacia del sistema; en tal sentido y de conformidad con las indicaciones de la Decisión Marco, la ley de transposición española, además de admitir la transmisión directa entre las autoridades judiciales de emisión y ejecución, lo que únicamente será posible de conocerse el paradero de la persona reclamada (art. 6.1. LOEDE), permite en todo caso la introducción de la descripción de la persona reclamada en el sistema de información Schengen (SIS) cumplimentándose los extremos señalados en el art. 95 del Convenio de Aplicación⁽²²⁾ del Acuerdo de Schengen⁽²³⁾. No obstante y de no ser posible recurrir al SIS podrán utilizarse los servicios de INTERPOL para la comunicación de la orden europea (art. 6.5 LOEDE).

En cuanto al procedimiento de transmisión en sí, los requisitos son mínimos, exigiéndose que el medio elegido deje constancia escrita en condiciones que permitan a la autoridad judicial de ejecución establecer su autenticidad (art. 7 LOEDE). Se enmarca así en la línea actual de agilizar la tramitación de la documentación, cuyo exponente más claro hasta el momento lo constituía el Acuerdo entre Estados miembros de las Comunidades Europeas sobre simplificación y modernización de las formas de transmisión de las solicitudes de extradición firmado en San Sebastián el 26 de mayo de 1989⁽²⁴⁾ y conforme al cual se abría la posibilidad de presentar solicitudes de extradición por vía de telefax y con un sistema criptográfico, enmarcándose en esta misma tendencia el reciente Acuerdo de Asistencia Judicial en materia Penal entre la Unión

(21) Red informática de intercambio de señas de personas y de objetos para el uso de autoridades de cada Estado Parte, competentes para los controles de policía y de aduanas en las fronteras exteriores e interiores de los países, según se desprende del objeto perseguido con este sistema de información a tenor del art. 93 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen. En relación a las personas, los datos a introducir son de carácter identificador físico y jurídico, en atención a las exigencias del art. 95 del Convenio. Sobre estas cuestiones vid. MORENO CATENA, V., y CASTILLEJO MANZANARES, R., *La persecución de los delitos en el Convenio de Schengen*, Valencia, 1999, pp. 124 a 140. También CASTILLEJO MANZANARES, R., *Instrumentos...*, op. cit., pp. 99 y ss.

(22) Convenio de Aplicación de 19 de junio de 1990.

(23) Convenio de Schengen de 14 de junio de 1985.

(24) Ratificado por España mediante Instrumento de 18 de diciembre de 1991 (BOE de 17 de mayo de 1995), y que desde el 11 de diciembre de 1998 resulta de aplicación entre Luxemburgo, Países Bajos, Alemania, Italia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Suecia, Bélgica, Austria y España (BOE de 22 de enero de 1999).

Europea y los Estados Unidos de América que permite la transmisión de asistencia judicial por fax o correo electrónico con la subsiguiente confirmación formal si así lo solicita el Estado requerido ⁽²⁵⁾.

Además la LOEDE con visión de futuro y haciéndose eco de las previsiones contenidas en el art. 10 de la Decisión marco prevé (Disposición adicional segunda) que dicha transmisión se pueda efectuar, en el momento en que sea operativo, a través del sistema de telecomunicaciones protegido de la Red Judicial Europea regulada en la Decisión 2002/187/JAI, de 28 de febrero de 2002.

Todo ello conduce, al menos sobre el papel, y desde un punto de vista temporal, a un procedimiento extremadamente ágil, puesto que recibida la orden de detención, la decisión de entrega debe producirse en unos plazos que oscilan entre los diez y los noventa días, a los que se añadirán posteriormente otros diez más para efectuar la entrega acordada, lo que comparativamente con los procedimientos de extradición supone un notable avance.

IV. MODALIDADES DE PROCEDIMIENTO

Sin desconocer las distancias que median entre la extradición y la orden de detención y entrega, lo cierto es que la mayor parte de los criterios de clasificación empleados para con aquélla pueden ser aplicados a esta nueva institución con la mínima adaptación que requiere su particular naturaleza. De este modo y aplicando los tradicionales criterios de clasificación acuñados por la doctrina especializada ⁽²⁶⁾, podemos distinguir los siguientes.

Atendiendo a la posición que en él adopta la autoridad judicial podríamos hablar de una orden de detención *activa*, cuando es ésta quien emite la orden (autoridad judicial de emisión) para que sea ejecutada por la autoridad del Estado miembro a la que se dirige. Será en cambio *pasiva* cuando la autoridad judicial de un Estado miembro recibe una euroorden para su cumplimiento en cuanto autoridad de ejecución.

Atendiendo a la finalidad de la euroorden pueden distinguirse dos modalidades, *instructoria* y *ejecutoria* ⁽²⁷⁾ según que haya sido emitida para poder

⁽²⁵⁾ Firmado en Washington DC el 25 de junio de 2003 y publicado en el DOUE L 181, de 19 de julio de 2003.

⁽²⁶⁾ Vid. por todos QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, II, Madrid, 1957, pp. 198 y 199.

⁽²⁷⁾ En este sentido MUERZA ESPARZA-HINOJOSA SEGOVIA, en *Derecho Procesal Penal* (con DE LA OLIVA SANTOS, ARAGONESES MARTÍNEZ y TOMÉ GARCÍA, 11.ª ed., Madrid, p. 271).

ejercitar contra la persona reclamada acciones penales por hechos constitutivos de delitos sancionados con penas o medidas de seguridad privativas de libertad, o bien como medio para poder ejecutar una condena del tipo referido ya impuesta.

Desde el punto de vista del mayor o menor control a efectuar por la autoridad judicial de ejecución, puede distinguirse entre una orden de detención *mediata* o *inmediata* según exija o no el control de la doble incriminación, algo que, como se verá, estará en función del cumplimiento (o no) de dos elementos: cualitativo (estar encuadrado el delito en una lista de 32 infracciones) y cuantitativo (pena aparejada o efectivamente impuesta, de duración máxima superior a tres años).

Atendiendo a la complejidad del procedimiento seguido por la autoridad de ejecución, para adoptar una decisión sobre la solicitud de detención y entrega podemos distinguir entre una modalidad *ordinaria* y otra *simplificada* en función de que la persona reclamada se oponga o, por el contrario, consienta, en su entrega a la autoridad judicial que la emitió y no concurren causas de denegación y condicionamiento.

En atención, finalmente, al carácter de la entrega, puede distinguirse una modalidad que podríamos calificar de *definitiva* (u ordinaria), cuya adopción conlleva el traslado definitivo de la persona al Estado miembro que la hubiera emitido para que se proceda penalmente contra él (ya sea declarativa o ejecutivamente) y otra *temporal* (y extraordinaria), de carácter urgente y previa a la decisión sobre la entrega, adoptada únicamente para permitir la toma de declaración por la autoridad judicial del Estado de emisión en su territorio al objeto de posibilitar el posterior ejercicio de acciones penales, realizado lo cual deberá ser de nuevo trasladado al Estado de ejecución para asistir a las vistas orales que le conciernen en el marco del procedimiento de entrega.

Adoptaremos como criterio clasificatorio para la exposición posterior el primero de los referidos, no sólo porque es el seguido por el legislador español a la hora de transponer la Decisión marco, sino porque permite, del modo más sencillo, adentrarnos en el análisis de la ley. Naturalmente con ello no estamos diferenciando entre dos tipos de euroorden, sino entre dos caras de una misma realidad que requieren de un tratamiento unitario y de una exposición conjunta. Su objeto, en cualquier caso, consiste en la detención y entrega por la autoridad judicial requerida de una persona, que se encuentra en el territorio de su Estado, a la autoridad judicial de emisión de otro Estado miembro, que la persigue para poder enjuiciarla o bien hacerle cumplir la condena que le hubiera sido impuesta. Con independencia de que la consideración de la misma desde la perspectiva de la autoridad judicial de emisión permita hablar de euroorden *activa* y su consideración desde la perspectiva de la autoridad de ejecución la denominemos *pasiva*, la orden de detención y

entrega europea supone en realidad una única relación entre las autoridades judiciales de dos Estados miembros. De manera que no es posible concebir una emisión de euroorden (modalidad activa) que simultáneamente no dé lugar a un procedimiento de entrega (modalidad pasiva) por la autoridad judicial de ejecución, ni un procedimiento de detención y entrega que no venga precedido por una orden que así lo requiera ⁽²⁸⁾.

V. PRESUPUESTOS OBJETIVOS (REQUISITOS RELATIVOS A LOS HECHOS PENALES MOTIVADORES DE LA EMISIÓN DE UNA EUROORDEN)

1. Relativos a la infracción

De conformidad tanto con la Decisión marco (art. 1.1) como con la ley de transposición española (art. 1.1), punto de partida es que sólo pueden cursarse y ejecutarse euroórdenes respecto de personas reclamadas bien para el ejercicio de acciones por hechos sancionados con pena o medida de seguridad privativas de libertad, o bien para la ejecución de la que le hubiera sido efectivamente impuesta.

Aunque la norma interna en el precepto indicado (art. 1.1) no concrete que los ilícitos penales que pueden dar lugar a una orden de detención y entrega deben tener, con arreglo a la legislación española, la calificación de delitos y no de faltas, sí lo hace en otros artículos de la ley [v.gr. art. 3.e), f) y g); 5.2 y 3; 9.1] y en la propia Exposición de Motivos. Además la exigencia que se recoge posteriormente (art. 5.1) en cuanto a la duración de la pena o medida de seguridad, la propia naturaleza de la euroorden y el hecho de que se traduzca de modo inmediato en una detención de la persona, evidencia, a todas luces, que debe referirse a hechos punibles tipificados como delitos.

Sentada esta exigencia, la ley sigue en este punto el criterio de *numerus apertus* y no el de lista o *numerus clausus* para determinar los ilícitos penales que pueden ser objeto de la euroorden, posibilitando su operatividad para todos los delitos siempre que estén sancionados con una pena mínima privativa de libertad, a que posteriormente haremos mención.

Desaparece, por otra parte, del texto de la LOEDE, como ya advertimos al principio, la referencia a alguna “categoría” delictual tradicionalmente excluida

⁽²⁸⁾ En este sentido, si bien refiriéndose a la extradición, BELLIDO PENADÉS, R., *La extradición en Derecho español (Normativa interna y convencional: Consejo de Europa y Unión Europea)*, Madrid, 2001, pp. 52 y 53.

de la posibilidad de extradición: los delitos “políticos”⁽²⁹⁾. La justificación de su desaparición se destaca en la propia Exposición de Motivos de la Ley que circunscribe los motivos de denegación a aquellos cuya naturaleza permite una apreciación objetiva por la autoridad judicial, lo que no es el caso de los “políticos”.

Con ello se sigue la solución acogida en la Decisión marco⁽³⁰⁾, extremo que ha supuesto para algunos Estados el que hayan tenido que proceder a una reforma constitucional previa para poder transponer a su legislación interna la Decisión marco. Puede citarse en este sentido el caso de Francia, cuyo Gobierno, antes de someter al Parlamento el Proyecto de ley de transposición, ha necesitado cerciorarse de que no existía obstáculo constitucional para hacerlo, lo que ha exigido modificar la Constitución por ley constitucional n.º 2003-267, de 25 de marzo, relativa a la orden de detención europea⁽³¹⁾, al chocar la referida supresión con el principio de que el Estado se reserva el derecho de denegar la extradición para las infracciones que considera como de carácter político, principio fundamental reconocido por las leyes de la República, teniendo valor constitucional en virtud del Preámbulo de la Constitución de 1946.

(29) En la línea evolutiva seguida puede advertirse con BELLIDO PENADÉS cómo inicialmente la extradición sirvió principalmente para la entrega de personas reclamadas por delitos políticos. Posteriormente, con la consolidación de los regímenes democráticos fueron surgiendo reacciones frente a la entrega por esta clase de infracciones hasta el punto de alcanzar un predominio generalizado el principio de exclusión de la extradición por delitos políticos. No obstante, este principio prohibitivo experimenta modulaciones de signo opuesto: por un lado se amplía el contenido del principio, postulándose también la no entrega cuando la extradición se solicite por delitos de naturaleza común, pero existan razones fundadas para creer que, en realidad, la extradición se ha solicitado con el fin de perseguir o castigar a la persona reclamada por motivos políticos; por otro lado, y en sentido contrario, esa ampliación del principio se ve acompañada simultáneamente de una serie de restricciones, en la medida en que se excluye de la consideración de delitos políticos, convirtiéndoles por tanto en causa de extradición, a ciertos delitos estimados particularmente graves (*La extradición en Derecho español...*, op. cit., p. 62).

(30) Sin embargo, uno de los *Considerandos* del Preámbulo de la Decisión marco (12) precisa que “Nada de lo dispuesto en la presente Decisión marco podrá interpretarse en el sentido de que impide la entrega de una persona contra la que se ha dictado una orden de detención europea cuando existan razones objetivas para suponer que dicha orden de detención europea ha sido dictada con fines de persecución o sanción a una persona por razón de sexo, raza, religión, origen étnico, nacionalidad, lengua, *opiniones políticas* u orientación sexual, o que la situación de dicha persona pueda quedar perjudicada por cualquiera de estas razones”.

(31) Su artículo único añade al art. 88.2 de la Constitución un párrafo que dispone: “La ley fija las reglas relativas a la orden de detención europea en aplicación de los actos adoptados sobre la base del Tratado de la Unión Europea”.

2. Relativos a la pena o medida de seguridad

La pena mínima legalmente exigible para hacer operativa la orden europea se diversifica en función de que se trate de pena conminada y se proceda, por tanto, para el ejercicio de acciones penales, o bien se trate de pena o medida de seguridad impuesta y por consiguiente la euroorden haya sido dictada para posibilitar el cumplimiento de la condena. En el primer caso se exige que conforme a la ley penal del Estado de emisión al delito se le señale una pena o una medida de seguridad cuya duración máxima sea al menos de doce meses, mientras que en el segundo la pena o medida de seguridad impuesta no debe tener una duración inferior a cuatro meses⁽³²⁾.

En apariencia, el sistema es igual al adoptado por el Convenio europeo de extradición, pero hay una diferencia importante puesto que en dicho Convenio estas dos penas son acumulativas⁽³³⁾, de manera que la pena conminada nunca puede ser inferior a un año, mientras que en la LOEDE, de conformidad con la Decisión marco, el umbral puede ser inferior cuando se ha impuesto una condena, siendo irrelevante en tal hipótesis que la pena conminada hubiera sido inferior a doce meses⁽³⁴⁾.

No precisa la ley, como tampoco la Decisión marco, si en el caso de que la orden de entrega se curse para el enjuiciamiento de la persona reclamada, la pena conminada y relevante es la *abstracta* o la *concreta*. Al no aparecer referencia alguna al grado de participación ni al de ejecución del delito, parece que la solución se inclina del lado de la pena abstracta, algo que, por lo demás, se halla en consonancia con el sistema seguido por nuestra Ley de Extradición⁽³⁵⁾,

(32) Tal previsión choca con lo establecido en el art. 36 del Código penal patrio que fija en seis meses la duración mínima de la pena de prisión, lo que impide que pueda imponerse pena privativa de libertad por debajo de esa cuantía ni tampoco, por consecuencia, medida de seguridad privativa de libertad del art. 96.2 Cp. Tal falta de sintonía con la legislación penal material vigente encuentra su explicación en la necesidad de aceptar la parte sustantiva de la Decisión marco en sus propios términos, independientemente de que alguna de sus previsiones, como la apuntada, carezcan de sentido en el Derecho español.

(33) Cuestión sin embargo, no del todo pacífica, según se puede comprobar en la exposición de MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *El convenio europeo de extradición*, Barcelona, 1986, pp. 66 a 68.

(34) Así lo pone de manifiesto DE MIGUEL ZARAGOZA, J., "Algunas consideraciones sobre la Decisión Marco...", op. cit., p. 5 de la versión digital.

(35) Así se declara expresamente en su Preámbulo, donde al enumerar las novedades de la ley se señala en la "novena" que "También se han suprimido las referencias al grado de participación (autores, cómplices y encubridores) o al de ejecución del delito (intentado, frustrado y consumado), por anticuadas e innecesarias. El Convenio europeo tampoco las recoge. Bastará, en consecuencia, que al reclamado le corresponda una de las penas que pueden motivar la extradición para que, con o sin aquellas indicaciones, pueda acordarse la entrega".

así como por el Convenio europeo y, especialmente, con la agilidad del nuevo procedimiento y el mínimo margen de valoración que se deja en manos de la autoridad de ejecución debido al principio de confianza mutua que lo preside.

No se recoge por otra parte apenas mención alguna al posible condicionamiento de la operatividad de la euroorden a que la pena conminada o efectivamente impuesta no rebase unos mínimos, al modo en que por ejemplo lo hace el Convenio Europeo de Extradición cuyo art. 11 dispone que si el hecho fundamento de la solicitud de extradición fuera castigado con la pena capital por la ley del Estado requirente y dicha pena no está prevista en la ley del Estado requerido, o generalmente no se ejecuta, podrá no concederse la extradición salvo que el Estado requirente dé seguridades, consideradas suficientes por el Estado recurrido, de que la pena capital no será ejecutada.

La ausencia de previsión significativa al respecto se justifica al no haberse considerado necesaria por tratarse de una norma que va a regir únicamente en las relaciones entre Estados miembros de la Unión Europea, signatarios todos ellos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y teniendo presente que la garantía de la prohibición de la pena de muerte o de las penas que condenen a tratos inhumanos o degradantes se halla recogida en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (arts. 2 y 4) así como en el texto de la futura Constitución europea, a la que se incorpora la Carta como Parte II de la misma⁽³⁶⁾.

No obstante sí aparece alguna mención relacionada con estas cuestiones, y así en el art. 11.1 de la LOEDE se condiciona la ejecución por la autoridad judicial española de una orden europea castigada con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad a perpetuidad, a que el Estado miembro de emisión tenga dispuesto en su ordenamiento una revisión de la pena impuesta o la aplicación de medidas de clemencia a las cuales la persona se acoja con arreglo al derecho o práctica del Estado de emisión, con vistas a la no ejecución de la pena o medida. Con ello se transpone la previsión recogida en parecidos términos en el art. 5.2 de la Decisión marco⁽³⁷⁾ consiguiéndose con esta entrega condicionada un doble objetivo: evitar la ejecución efectiva de la pena a perpetuidad, soslayando el inconveniente de facilitar la impunidad de los delitos en que, por su mayor gravedad, más justificada está la detención y entrega derivada de una orden europea.

(36) Reformulándose como arts. II.2 y II.4 en el texto definitivo del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (CONV 850/03) entregado al Presidente del Consejo Europeo en Roma el 18 de julio de 2003, y que se pretende firmar en Roma el 9 de mayo de 2004.

(37) Aunque en dicho artículo se incluía además expresamente la mención a cuándo se llevaría a cabo la exigida revisión de la pena impuesta: “previa petición o cuando hayan transcurrido al menos 20 años”, algo que no se dice en el paralelo precepto de la LOEDE.

3. Operatividad relativa del principio de doble incriminación

Se matiza de manera significativa uno de los requisitos básicos que existen en materia de extradición: el principio de doble incriminación.

En efecto, la solución acogida por los arts. 5 y 9 de la LOEDE, de conformidad con el art. 2 de la Decisión marco, es que no será posible proceder al control de la doble tipificación de los hechos cuando estos revistan una especial gravedad que viene determinada, según la ley, por la concurrencia de un doble criterio: cuantitativo y cualitativo. De este modo se prescindirá del referido control si los hechos estuvieran sancionados en el Estado de emisión con una pena o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de tres años y, además, el delito, tal y como se define en el citado Estado (de emisión) perteneciera a una de las categorías relacionadas en el art. 9.1 de la LOEDE, disposición ésta que reproduce al dictado la lista del art. 2.2 de la Decisión marco⁽³⁸⁾, lo cual, si bien resulta en principio irreprochable, presenta el inconveniente de que enumera una tras otra hasta treinta y dos categorías de ilícitos penales sin seguir orden lógico alguno, apareciendo, por ejemplo, la violación tras el tráfico de vehículos robados y precediendo al incendio voluntario. Ciertamente esta lista de delitos incluye los que ya figuran en el Convenio de EUROPOL (los veintiocho primeros), más cuatro incluidos sobre la base de su aceptación común e indiscutida por los quince Estados miembros. Tal extremo acaso pueda explicar, en alguna medida, el anárquico orden del listado referido, que desde este punto de vista pudo tener sentido en el texto de la

(38) 9.1 LOEDE y 2.2 DM: pertenencia a organización delictiva; terrorismo; trata de seres humanos, explotación sexual de los niños y pornografía infantil; tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos; corrupción; fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades europeas con arreglo al Convenio de 26 de julio de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades europeas; blanqueo del producto del delito; falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro; delitos de alta tecnología, en particular delito informático; delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas; ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal; homicidio voluntario, agresión con lesiones graves; tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos; secuestro, detención ilegal y toma de rehenes; racismo y xenofobia; robos organizados o a mano armada; tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte; estafa; chantaje y extorsión de fondos; violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías; falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos, falsificación de medios de pago; tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento; tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares; tráfico de vehículos robados; violación; incendio voluntario; delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; secuestro de aeronaves y buques; sabotaje.

Decisión marco ⁽³⁹⁾, pero no en cambio en el de la LOEDE. La obligación de transposición exige, desde luego, que la denominación de los ilícitos coincida con la que recibe en la Decisión marco, para evitar problemas habituales en el derecho extradicional. Pero cumplido esto hubiera sido más correcto, en nuestra opinión, haber agrupado los citados conforme a algún criterio lógico de clasificación; singularmente aquél que lo realiza en función del bien jurídico protegido por la ley penal y vulnerado por el hecho punible.

En cuanto a la lista en sí, destaca, en primer término, el hecho de que se trata de una lista *positiva* de delitos para los cuales la doble incriminación desaparece, con lo que se aparta de la idea inicial de la propuesta elaborada por la Comisión que era prever una lista *negativa* de excepciones ⁽⁴⁰⁾ conforme a la cual cada Estado podía negarse a ejecutar una orden de entrega si el hecho encajara en alguna de las categorías de la lista que hubiera elaborado y publicado oportunamente. El cambio resulta más adecuado de acuerdo al espíritu que guía la Decisión marco, aunque resulte probablemente más difícil de aplicar, al menos en un primer estadio, dado que gran parte de los delitos enumerados no están armonizados y sus elementos constitutivos pueden diferir de manera significativa en los distintos Estados miembros ⁽⁴¹⁾. No obstante respecto a algunos de ellos la propia Decisión marco efectúa algunas precisiones en las declaraciones adjuntas ⁽⁴²⁾ y además, y lo que es más importante, según la declaración aneja a la Decisión marco “el Consejo conviene proseguir los trabajos relativos a la aproximación de los delitos enumerados en el apartado 2 del artículo 2”, propósito que se halla amparado por el art. 31.1.e) del Tratado de la Unión Europea (y previsto en el art. III-172 del texto del Proyecto de la futura Constitución europea).

Sin desconocer el problema que puede plantearse, dado que se trata de un objetivo a largo plazo cuyo resultado será posterior al 1 de enero de 2004,

⁽³⁹⁾ Con idéntica finalidad (excepcionar el control de la doble tipificación de los hechos) este mismo catálogo de ilícitos penales y en el mismo orden se recoge en el art. 3.2 de la Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (DOUE L 196/45, de 2 de agosto de 2003).

⁽⁴⁰⁾ Propuesta de art. 27 conforme al cual “...cada Estado podrá establecer una lista exhaustiva de conductas que pudieran considerarse constitutivas de delito en algunos Estados miembros, pero en relación con las cuales sus autoridades judiciales se negarán a ejecutar un mandamiento de detención europeo por ser contrario a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de ese Estado”.

⁽⁴¹⁾ Así lo advierte FONSECA MORILLO, F., “La orden de detención...”, op. cit., pp. 87 y 88.

⁽⁴²⁾ Casos del racismo y la xenofobia, el sabotaje, el chantaje y la extorsión de fondos.

fecha de entrada en vigor de la orden europea, lo cierto es que los avances en este camino son significativos y el incremento de esfuerzos en este punto nada desdeñable, como se revela en la última Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento y al Consejo ⁽⁴³⁾ sobre la actualización semestral del marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de “libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea” ⁽⁴⁴⁾ donde se da cuenta de que la Comisión va a presentar en julio un Libro Verde sobre la aproximación, reconocimiento y ejecución de penas en la Unión Europea que será seguido de una Decisión marco a finales de 2003 cuyo objetivo es el de asegurar un nivel de protección que sea efectivo y equivalente para ciudadanos en todo el territorio de la Unión Europea mediante penas similares para los mismos delitos, dentro del objetivo global relativo a la aproximación del derecho penal sustantivo. Con ello se debe conseguir eliminar uno de los inconvenientes que se derivan de la falta de armonización de las legislaciones nacionales en el punto relativo no ya a los delitos en sí, sino a las penas señaladas a los mismos. Téngase en cuenta que, como advierte FONSECA MORILLO ⁽⁴⁵⁾, el límite máximo de tres años puede introducir diferencias importantes: para los mismos hechos, penados en un Estado miembro con tres años y con dos años en otro Estado miembro, en un caso se podrá emitir una orden de detención europea para la cual la doble incriminación no se controlará, y en el otro dicho control sí será posible. Se trata de un plus importante otorgado a los Estados miembros cuya legislación penal es más represiva, lo que políticamente es discutible.

(43) Correspondiente al primer semestre de 2003 [Documento COM (2003) 291 final, de 22 de mayo de 2003].

(44) En el origen de este marcador se encuentra la invitación que en su reunión en Tampere dirigió el Consejo europeo a la Comisión relativa a la presentación de una propuesta para crear un sistema de *Marcador* adecuado, con el fin de someter a constante revisión los avances realizados en la ejecución de las medidas necesarias y el cumplimiento de los plazos establecidos en el Tratado de Amsterdam, el Plan de Acción de Viena y las conclusiones de Tampere para la creación de un “espacio de libertad, seguridad y justicia”. En respuesta a esta invitación, la Comisión presentó, en marzo de 2000, una comunicación al Consejo y al Parlamento europeo titulada “Marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión europea”. La primera actualización semestral del Marcador fue el 30-11-2000, mediante una Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento que contenía la actualización semestral de los indicadores para el examen de los progresos realizados referida al segundo semestre de 2000. La última actualización ha sido a través de una nueva Comunicación de 22-05-2003, referida al primer semestre de 2003 [COM (2003) 291 final].

(45) FONSECA MORILLO, “La orden...”, op. cit., p. 88.

En cuanto al contenido de la lista, DE MIGUEL ZARAGOZA⁽⁴⁶⁾ lo considera discutible pues no deja de sorprender que no se incluyan delitos graves contenidos en diversos tratados internacionales, tales como el Convenio de Montreal de 1971 relativo a la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, así como el Protocolo de Montreal de 1988 sobre actos de violencia en los aeropuertos o el Convenio y Protocolo de Roma de 1988 sobre la seguridad de la navegación marítima y de las plataformas fijas continentales o el delito de tortura. A la inversa, ciertos delitos así inventariados —se supone que precisamente en atención a su necesaria gravedad— tienen sin embargo conminada en algunos ordenamientos internos una pena inferior a tres años, caso del tráfico ilegal de alguna especie vegetal protegida (dos años, en atención al art. 332 del vigente Código Penal español). En realidad, sigue diciendo este autor, existe aquí una falsa polémica, pues salvo algún tipo delictivo novedoso (por ejemplo, delito informático), los demás se refieren a tipos habituales en cualquier Código penal, y es difícil imaginar que no estén tipificados hechos tales como el homicidio, la violación, la estafa, terrorismo, etc., por lo cual es fácil prescindir de la exigencia de doble incriminación, como posición teórica avanzada, pues de todas formas el hecho es típico y la doble incriminación existe.

Las anteriores consideraciones atenúan, en gran medida, uno de los escollos fundamentales que la eliminación del principio de doble incriminación puede plantear, debido a la consideración de que forma parte del principio de legalidad penal que proclama el art. 25.1 CE según doctrina de nuestro Tribunal Constitucional⁽⁴⁷⁾, por lo que su ausencia podría provocar que el reclamado recurriera en amparo ante este Órgano ocasionando nuevos problemas conectados al sistema de plazos para la entrega. Al ser la eliminación de la doble incriminación más teórica que real, según hemos dicho, esto hará que en la práctica sean ciertamente mínimos los supuestos en que esta hipótesis de verdadera ausencia se pueda producir haciendo factible acudir en amparo ante el Constitucional, con todos los problemas que en el *iter* ordinario de la euroorden pudieran resultar⁽⁴⁸⁾.

(46) DE MIGUEL ZARAGOZA, J., “Algunas consideraciones sobre la Decisión Marco...”, op. cit., p. 6.

(47) Vid. STC 162/2000, de 12 de junio, con cita de las SSTC 11/1983, de 21 de febrero, y 102/1997, de 20 de mayo.

(48) Los cuales pone de manifiesto MANZANARES SAMANIEGO advirtiendo que el uso por el Tribunal Constitucional de la facultad de suspensión de la resolución impugnada, tal y como prevé el art. 56 de su Ley Orgánica, tendría graves problemas para el procedimiento de ejecución y entrega conforme a la Decisión marco, bien entendido que en todo caso la concesión del amparo a la persona ya entregada sería el origen de nuevas dificultades con repercusiones internacionales y en último término con la responsabilidad patrimonial del Estado que regula la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común (“El anteproyecto de ley sobre la orden europea de detención y entrega”, en *Actualidad Penal*, n.º 1, 2003, p. 3).

En resumen; la novedad aportada en este punto por la euroorden supone que cuando la autoridad judicial que dicta la orden califique los hechos como una de las infracciones de la lista y, según su legislación, ésta sea punible con una pena de al menos tres años, extremos ambos que deberá hacer constar expresamente en el formulario que habrá de cumplimentarse (art. 5.2 LOEDE), la autoridad de ejecución quedará vinculada y ya no podrá recalificar los hechos en función de su propia legislación. Sólo dispone de esa competencia si la pena es inferior a tres años o la infracción no figura en la lista, debiendo proceder entonces a realizar la calificación jurídica de los hechos partiendo de la descripción fáctica realizada por la autoridad judicial de emisión pues la LOEDE, del mismo modo que la Decisión Marco que transpone, se adscribe, salvando las distancias, al sistema continental de extradición en el que la autoridad judicial del Estado requerido acepta como cierta la descripción de hechos efectuada por la autoridad judicial del Estado de emisión en la euroorden, algo consustancial, por otra parte, a un modelo basado en un principio de reconocimiento y confianza mutuo.

Se ha dado así un paso importante en el tratamiento de este principio que ya había experimentado importantes modificaciones en los recientes tratados celebrados entre Estados miembros de la Unión Europea con el objeto de completar el Convenio Europeo de Extradición, en particular en lo que se refiere al mínimo punitivo ⁽⁴⁹⁾. Por lo demás, la lista inicialmente seleccionada por la Decisión marco y transpuesta a nuestra legislación podrá verse sometida a cambios en un futuro y en este sentido el art. 2.3 de la Decisión marco prevé que el Consejo podrá decidir en todo momento, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo en las condiciones previstas en el apartado 1 del art. 39 TUE, añadir otras categorías de delitos a la referida lista y considerará a la vista del informe que le habrá de presentar la Comisión antes del 31 de diciembre de 2004 si procede ampliar o modificar dicha lista.

(49) Puede señalarse a este tenor como el art. 61 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen dispone que Francia se compromete a conceder la extradición de las personas perseguidas por hechos castigados con una pena o medida de seguridad privativa de libertad de una duración máxima de por lo menos dos años en la legislación francesa y de un año en la legislación del Estado requirente. Por otra parte el art. 2.1 del Convenio establecido sobre la base del art. K.3 del TUE relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea establece que darán lugar a la extradición aquellos hechos castigados con una pena o medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea por lo menos de doce meses en el Estado requirente y de seis meses en la ley del Estado requerido. Las modificaciones introducidas por ambos preceptos coinciden a la hora de romper la tradicional identidad punitiva exigida por el principio de la doble incriminación, posibilitando que la pena aplicable conforme a la legislación del Estado requerido sea sensiblemente distinta conforme a la legislación del Estado requirente.

4. Extinción de la responsabilidad penal

La operatividad de la euroorden no sólo requiere que los hechos atribuidos a la persona reclamada estén tipificados penalmente y sancionados con una pena privativa de libertad que supere unos determinados mínimos, sino que requiere, además, que la responsabilidad penal derivada de la comisión del delito no se haya extinguido al operar tal circunstancia como motivo de denegación por parte de la autoridad judicial de ejecución.

La Decisión marco no establece expresamente y de manera positiva este requisito que, sin embargo, se puede deducir de la regulación que lleva a cabo en los arts. 3 y 4 donde se recogen los motivos que obligatoria o facultativamente pueden dar lugar a la denegación de la ejecución solicitada. La LOEDE sigue idéntica solución y sin formular específicamente este requisito recoge expresamente como motivos de denegación de la ejecución de la orden europea algunas causas de extinción de la responsabilidad criminal enumeradas en el art. 130 del Código Penal ⁽⁵⁰⁾. Sin perjuicio de que por tal motivo estas circunstancias serán más adelante examinadas al analizar el procedimiento para la ejecución de una orden de detención (modalidad pasiva de la orden europea), adelantaremos algunas consideraciones al respecto.

Destaca en primer término como motivo de denegación preceptivo en la Decisión marco el estar cubierto el delito por la amnistía en el Estado miembro de ejecución si éste tuviere competencia para perseguirlo según su propio Derecho penal. La LOEDE en este punto, haciendo una discutible interpretación extensiva ⁽⁵¹⁾, ha sustituido la referencia a la amnistía por el indulto, habida cuenta de la prohibición expresa en nuestra legislación de los indultos generales

(50) Otras no aparecen en cambio, mencionadas, justificándose su ausencia en motivos diversos: el perdón del ofendido en cuanto carece de trascendencia puesto que, dada la gravedad de las penas exigibles para la operatividad de la orden europea, es evidente que resultan excluidos los delitos sólo perseguibles a instancia de parte; la muerte del reo priva de finalidad a la orden europea misma.

(51) Criticada por MANZANARES SAMANIEGO (“El anteproyecto de ley...”, cit., p. 6) por considerar que ni la palabra amnistía ni su equivalente literal en el texto inglés (amnesty) o en las restantes versiones autorizadas de la Decisión marco apuntan hacia una interpretación extensiva que permitiera comprender en ella el indulto como manifestación menor del derecho de gracia. En opinión de este autor el indulto estaría comprendido en el núm. 11.2 del Anteproyecto [en cierto modo equivalente al 12.1.a) de la LOEDE] que permite la denegación cuando la sanción “ya no pueda ejecutarse en virtud del derecho del Estado de condena”; si bien el precepto se dirige fundamentalmente a terceros países miembros de la Unión Europea, no excluye el supuesto de que el Estado sentenciador sea a la vez el Estado de ejecución (tengamos en cuenta que el indulto español requiere que la condena se haya dictado precisamente en España); más aún, sería absurdo atender a lo actuado en el extranjero y no hacerlo con lo que ocurre en el propio Estado de ejecución.

[art. 62.i) CE] de tal modo que la autoridad judicial española denegará la ejecución si se hubiere procedido en España al indulto de la pena impuesta a la persona reclamada por los mismos hechos en que se funda la orden europea y estos fueran perseguibles por la jurisdicción española [art. 12.1.c)].

También con carácter preceptivo aparece el cumplimiento de condena por los mismos hechos en un Estado miembro de la Unión Europea diverso del requirente [art. 12.1.a) LOEDE, y 3.2 DM].

Como motivos que facultativamente pueden suponer la denegación de la ejecución de la orden aparecen la prescripción del delito o de la pena conforme a la legislación española, siempre que respecto de esos hechos delictivos hubieran sido competentes para su persecución los tribunales españoles [art. 12.2.i) LOEDE en consonancia con el art. 4.4 de la Decisión marco]. Igualmente el cumplimiento de la condena en un tercer Estado no miembro de la Unión Europea, siempre que sea por los mismos hechos que motivaron la emisión de la orden de entrega [art. 12.2.e)].

5. El principio de especialidad

El principio de especialidad, configurado como uno de los elementos estructurales del sistema de la extradición, supone, como es sabido, que la persona que haya sido entregada al Estado requirente sólo podrá ser enjuiciada o condenada en éste por los mismos hechos por los que se solicitó y concedió la extradición, sin que el enjuiciamiento o condena pueda extenderse a hechos anteriores y distintos de aquellos.

Proyecta así el principio de la soberanía nacional de forma que la persona entregada sigue estando bajo la sombra protectora del Estado que concedió la entrega y sólo con su consentimiento puede el Estado requirente proceder por otros hechos distintos de aquellos por los que se concedió.

Esta prerrogativa del Estado requerido aparece regulada también en la Decisión marco, que la mantiene en su art. 27, aunque sin designarla por su denominación tradicional, a diferencia del art. 24 de la LOEDE que refleja las precisiones del precepto de la Decisión marco señalado. La regulación sigue el precedente marcado por el Convenio de Dublín de 1996 (CEUE)⁽⁵²⁾, que había introducido una importante reducción del alcance del principio de especialidad al permitir, por una parte, que el Estado requirente procediera sin necesidad de consentimiento del requerido en relación a hechos sancionados con penas no privativas de libertad [art. 10.1.c) CEUE] y, de otra, haciendo factible una renuncia general y anticipada a hacer uso de este principio, presumiéndose

(52) Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del TUE, relativo a la extradición entre los Estados miembros de la UE.

otorgado el consentimiento salvo indicación en contrario en un caso específico (art. 11 CEUE).

Ambas matizaciones, como vamos a ver, se adoptan en la euroorden, en cuya regulación el principio de especialidad aparece configurado de un modo complejo, destacando su vertiente de prerrogativa renunciable del Estado requerido más que su residual carácter de derecho del sujeto reclamado. En efecto, si atendemos al art. 27.1 de la Decisión marco y 24.1 de la LOEDE aparece como una prerrogativa del Estado de ejecución a la que se puede renunciar de una manera general y anticipada mediante notificación a la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea, aunque con posibilidad de reserva en un caso particular.

De este modo, si ha mediado la mencionada notificación que lleva implícita la renuncia a la prerrogativa indicada se presumirá que el consentimiento dado por el Estado que la haya llevado a cabo y sea requerido para ejecutar una orden europea se extiende a toda infracción cometida antes de su entrega distinta de la que motivó esta última.

Faltando esta renuncia general articulada a través de la notificación reseñada, o bien aun existiendo, si la autoridad judicial de ejecución en un caso particular declara lo contrario en su resolución de entrega, la persona entregada no podrá ser procesada, condenada o privada de libertad por una infracción cometida antes de su entrega distinta de la que hubiere motivado ésta. Se exceptúan, no obstante, tanto en la Decisión marco como en la LOEDE diversos supuestos que restringen todavía más la operatividad del principio de especialidad, puesto que a tenor del art. 24.4 de la LOEDE y 27 de la Decisión marco no será operativo si la persona hubiere renunciado expresamente al principio de especialidad, ya antes de la entrega y ante la autoridad judicial de ejecución⁽⁵³⁾, ya después de ella y ante la autoridad judicial de emisión; tampoco regirá cuando habiendo tenido la oportunidad de salir del territorio del Estado miembro al que hubiera sido entregada no lo hiciere en un plazo de 45 días desde su puesta en libertad definitiva o volviere al territorio después de haber salido del mismo; igualmente cuando la infracción no fuera punible con una pena o medida de seguridad privativa de libertad, el proceso penal no concluyera con la aplicación de una medida restrictiva de la libertad individual de la persona o ésta estuviera sujeta a una pena o medida no privativas de libertad, incluidas las sanciones pecuniarias. Finalmente también cede el principio de especialidad si pese a la reserva por el Estado de ejecución de la prerrogativa de aplicarlo en un

(53) Vid. apartado 9.5 donde se analiza el art. 14 LOEDE regulador de la audiencia en la que se debe prestar el consentimiento, con respeto del principio de asistencia letrada para garantizar su espontaneidad y conocimiento de sus consecuencias.

caso concreto, la autoridad judicial de emisión solicita autorización específica para proceder por infracción distinta de la que motivó la solicitud de entrega y se concede por aquélla.

Un buen número de excepciones, por tanto, la mayor parte de las cuales ya se encontraban recogidas tanto en el Convenio Europeo de extradición (art. 14) como en el Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea (arts. 10 y 11).

VI. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS

A esta categoría se reconducen los requisitos atinentes a la concurrencia de diversas circunstancias en la persona reclamada: nacionalidad, edad, e inmunidad.

1. Nacionalidad

La nacionalidad de la persona reclamada suele ser tomada en consideración funcionando como presupuesto de carácter negativo, en el sentido de conducir a un rechazo frente a las solicitudes de extradición cursadas respecto de personas nacionales del Estado requerido.

No obstante, el tradicional principio de no entrega de los nacionales había experimentado una significativa evolución hacia su modelo contrario, en la cual se incardina precisamente la solución adoptada en la Decisión marco que siguiendo la línea del Convenio sobre Extradición celebrado entre los Estados miembros de la Unión Europea ⁽⁵⁴⁾ se aparta del modelo clásico, puesto que en el supuesto de euroorden dictada para entablar acciones penales ya no es causa que impida la entrega, sino simple motivo que puede supeditar ésta a la condición de que la persona, tras ser oída, sea devuelta al Estado miembro de ejecución para cumplir en éste la pena o medida de seguridad que pudiese imponerse (art. 5.3 DM), algo que también podrá exigirse en caso de *tránsito* a tenor de lo

(54) En el art. 7.1 CEUE se sienta como principio general la prohibición de denegación de la extradición por el motivo de que la persona reclamada sea nacional del Estado requerido, si bien y ante las reticencias de los Estados miembros su apartado 2 permitió que cada Estado pudiera declarar al vincularse por este Convenio que no concedería la extradición de sus nacionales o sólo lo haría en las condiciones que especificara; en este sentido España introdujo la reserva de que la concedería a condición de que el Estado requirente diera garantías de que en caso de resultar condenado sería transferido sin dilación a España para el cumplimiento de la condena.

dispuesto en el art. 25.1 DM⁽⁵⁵⁾. Además se extiende esta posibilidad a los *residentes* en el Estado requerido. Por otra parte y si la euroorden se hubiera dictado para la ejecución de una condena ya impuesta, el art. 4.6 DM sustituye la entrega por el cumplimiento de la condena en el Estado de ejecución.

De forma sustancialmente análoga la LOEDE regula este extremo desde la óptica de la entrega por parte de la autoridad judicial española y entre las garantías que deberán ser solicitadas del Estado de emisión en casos particulares (art. 11.2), con igual carácter facultativo que el de la Decisión marco aunque restringiéndola al caso de los *nacionales*, no acogiendo la posibilidad abierta por aquella de extenderla a los *residentes*. Y se aparta también de la Decisión marco en cuanto no contempla la posibilidad de que se supedite la entrega a la condición señalada para el caso de *tránsito*; resulta significativo, en este punto, que el art. 25 de la LOEDE guarde silencio sobre el particular, lo que trae como consecuencia que España renuncie a esa protección de los nacionales que sí permite, en su art. 25.1, la Decisión marco. En opinión de DE MIGUEL ZARAGOZA, la ley se sitúa en una posición muy avanzada contrastando con otras posiciones restrictivas y hubiera sido conveniente que la Exposición de Motivos explicara esta posición para que no pueda parecer que lo que existe es un simple descuido de redacción⁽⁵⁶⁾.

Aunque el art. 11.3 LOEDE guarda silencio sobre la autoridad judicial que deberá mencionar la cualidad de nacional, la lógica impone que sea ésta la del Estado de ejecución, funcionando así la decisión sobre la nacionalidad a modo de cuestión prejudicial civil no devolutiva.

Nada se dice, tampoco, sobre el momento relevante para la apreciación de dicha cualidad, si éste es el de comisión del delito, el de la solicitud o el de la entrega. Si bien la Ley de extradición pasiva aborda esta cuestión tomando como relevante el momento de la decisión, el Convenio Europeo de Extradición, partiendo de una solución similar, introduce una matización importante al precisar que si dicha cualidad hubiera sido concedida entre la fecha de la decisión y la fecha prevista para la entrega, el Estado requerido podrá ejercer igualmente la facultad aludida, de donde puede inferirse que éste, el de la entrega, es el momento verdaderamente relevante pudiendo trasladarse esta solución a la euroorden.

(55) Artículo que establece un régimen diverso en función de que se trate de nacional *condenado* o nacional *reclamado*, pudiendo el Estado de tránsito denegarla en el primer caso o condicionar la autorización de tránsito a la devolución al Estado del que es nacional para la ejecución de la pena privativa de libertad, en el segundo.

(56) DE MIGUEL ZARAGOZA, J., "Algunas consideraciones...", op. cit., p. 9, si bien referido al primitivo Anteproyecto de ley.

2. Minoría de edad

La minoría de edad, tradicional causa de denegación de la extradición, es regulada asimismo en este sentido para la orden europea tanto en la Decisión marco como en la LOEDE.

El art. 3.3 de la Decisión marco configura como causa que obligatoriamente conduce a denegar la entrega solicitada que “la persona que sea objeto de la orden de detención europea aún no pueda ser, por razón de su edad, considerada responsable penalmente de los hechos en que se base dicha orden, con arreglo al derecho del Estado miembro de ejecución”.

En esos mismos términos y desde la vertiente pasiva el art. 12.1.b) de la LOEDE impone la denegación obligatoria por parte de la autoridad judicial española, respecto de la persona que “aún no pueda ser, por razón de su edad, considerada responsable penalmente de los hechos en que se base dicha orden, con arreglo al derecho español”, lo que exige acudir a la legislación penal española para determinar cuál es esa edad a partir de la cual una persona puede ser considerada penalmente responsable. Conforme a lo preceptuado en la Ley Orgánica 5/2000, de 17 de enero, de responsabilidad penal de los menores, la responsabilidad penal en España se alcanza con los catorce años (art. 1), aunque desde esa edad hasta los dieciocho no haya medida de seguridad alguna a imponer que pueda servir de referencia para determinar la gravedad objetiva de una conducta criminal.

Tal extremo abre pues un problema de difícil solución, según advierte MANZANARES SAMANIEGO⁽⁵⁷⁾, porque a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el Derecho alemán, cuya Ley de Tribunales juveniles contiene no sólo medidas educativas y correctivas, sino también una pena general con ese mismo nombre, nuestra Ley orgánica únicamente contempla unas medidas que, carentes de calificación, ni son penas, ni se identifican plenamente con las medidas de seguridad. Lo más acertado, a su juicio, y tomando como referencia el ejemplo de Alemania, es admitir que se pueda expedir —y recibir en España— una orden europea de detención de un menor responsable que ha sido penado o puede serlo en el Estado de emisión, de manera que la doble incriminación solo jugaría, en su caso, en su variante mínima de doble tipificación. Eso sin olvidar que no cabe descartar en absoluto la equiparación de nuestros internamientos a las medidas de seguridad *stricto sensu*; en realidad la versión inglesa de la Decisión marco utiliza las expresiones *custodial sentence* y *detention order*; términos ambos que por su amplitud bien pudieran cubrir los internamientos de la Ley orgánica 5/2000 española.

⁽⁵⁷⁾ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El anteproyecto de ley...”, op. cit., pp. 4 y 7.

3. Inmunidades y privilegios

Los arts. 29 LOEDE y 20 DM dotan a la inmunidad de que puede gozar la persona reclamada en el Estado de ejecución del importante efecto de impedir la entrega en tanto dicha inmunidad no sea retirada⁽⁵⁸⁾.

No obstante ambas normas, tras sentar la premisa indicada, añaden una regulación que, según se ha dicho gráficamente, *incita*⁽⁵⁹⁾ incluso a que las distintas autoridades judiciales de los Estados miembros soliciten la retirada del privilegio o inmunidad a aquella autoridad, sea cual fuere, a quien compete, garantizando entretanto la futura y eventual entrega mediante la adopción de medidas cautelares.

De este modo, cuando la retirada del privilegio o inmunidad compete a una autoridad del Estado de ejecución, la autoridad judicial de ejecución le debe formular la solicitud sin demora alguna. Si en cambio compete a una autoridad de otro Estado o a una organización internacional, corresponderá hacer la solicitud a la autoridad judicial emisora.

VII. PRESUPUESTOS PROCESALES

Siguiendo a BELLIDO PENADÉS, podemos distinguir una tercera categoría de requisitos atinentes a cuestiones de naturaleza procesal, ya se refieran al órgano jurisdiccional, como la incidencia sobre la orden europea de que la autoridad requerida tenga una jurisdicción concurrente⁽⁶⁰⁾, ya a la propia situación procesal de la persona reclamada, en el sentido de que haya sido juzgada o lo esté siendo cuando se dicte la orden de entrega por los mismos hechos; la cosa juzgada y la litispendencia, obviamente, actúan como presupuestos procesales de carácter negativo que impiden la entrega.

(58) Su antecedente inmediato se encuentra en el Tratado suscrito entre Italia y España el 28 de noviembre de 2000 en Roma, tratado de importancia crucial en cuanto supone el primer caso en que dos Estados soberanos desmantelan entre sí el anacrónico (desde el punto de vista de la Unión Europea) procedimiento de extradición. Vid. el resumen de sus puntos fundamentales en MARTÍNEZ GARRIDO, S., “El reconocimiento mutuo como instrumento para la construcción del tercer pilar”, en *El futuro de la Unión Europea. Unión política y coordinación económica*, obra colectiva dirigida por OREJA AGUIRRE, M., Madrid, 2002, pp. 148 a 151.

(59) CASTILLEJO MANZANARES, R., *Instrumentos...*, op. cit., p. 133.

(60) La DM pretende también proteger el derecho de enjuiciamiento del Estado miembro de ejecución cuando disponga de un criterio de competencia concurrente, de modo que conforme al art. 4 DM podrá negarse a ejecutar la orden europea si él mismo ha emprendido, decidido no iniciar o poner fin a actuaciones judiciales. Del mismo modo, cuando los hechos se hayan cometido en su territorio disfrutará de una soberanía plena pudiendo denegar la ejecución de la orden sin tener que iniciar actuaciones judiciales.

Todas estas cuestiones aparecen ubicadas tanto en la Decisión marco (art. 4) como en la LOEDE (art. 12) dentro de las circunstancias que posibilitan la denegación de la entrega por la autoridad de ejecución, por lo que consideramos más oportuno analizarlas siguiendo la sistemática legal en el momento que abordemos la posición de la autoridad de ejecución de cara a la entrega, sin perjuicio de haber dado cuenta de las mismas aquí y ahora a los efectos de su papel de presupuestos procesales condicionantes de la operatividad de la eu-roorden.

VIII. ENTREGA ACTIVA (EMISIÓN DE UNA ORDEN EUROPEA)

El capítulo II de la LOEDE regula en cuatro preceptos (arts. 4 a 8) el modo de proceder cuando una autoridad judicial española pretende emitir una orden europea de detención y entrega. En tal caso nos encontramos ante la modalidad de entrega activa, en cuanto la orden procede de un Juez o Tribunal español y a éste deberá ser entregada, en su caso, la persona reclamada al objeto de proceder penalmente o exigirle el cumplimiento de una condena ya impuesta.

1. Competencia

A) Judicial

La emisión de una orden europea requiere de resolución judicial ajustada a los términos señalados en el art. 3 de la LOEDE y emitida por un órgano competente que, conforme al art. 2.2 LOEDE⁽⁶¹⁾, lo será el Juez o tribunal que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes. Por lo tanto, cualquier Juez o tribunal investido de competencia genérica en materia penal que en función del motivo para el cual se emita la orden (seguimiento de acciones contra el reclamado o ejecución de condena ya dictada contra él) y la fase del procedimiento en la que se dicte podrán ser los órganos competentes para la instrucción de las causas penales (Juzgados de instrucción o, en su caso, Juzgados Centrales de Instrucción⁽⁶²⁾), o bien los competentes para el enjuiciamiento y ejecución de la condena (Juzgados de lo Penal, Juzgados Centrales de lo Penal

(61) Punto de partida lo constituye el art. 6.1 de la Decisión marco que requiere que la orden de detención sea emitida por una autoridad judicial y que además ésta sea competente en virtud de haber sido designada como tal de acuerdo con la legislación interna de los Estados miembros que deberán informar al respecto a la Secretaría General del Consejo.

(62) Si bien, y en caso de aforamiento del reclamado, resultará competente el magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, según los casos, que conforme a un turno preestablecido haya sido designado para actuar en esa causa como instructor (arts. 73.4 y 57.2 LOPJ).

y Audiencias Provincial y Nacional, además de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo en casos de aforamiento).

Se plantea la duda de si los Juzgados de Menores (y Juzgado Central de Menores) tendrán también la posibilidad de hacer uso de la orden europea a efectos de que pueda procederse penalmente contra un menor o pueda ser ejecutada la medida que se le hubiera impuesto en el procedimiento de menores.

Como ya tuvimos ocasión de exponer anteriormente, las dudas surgen por la dificultad que entraña equiparar las medidas que pueden imponerse a los menores con las sanciones para cuya imposición o ejecución puede emitirse la euroorden: penas privativas de libertad o medidas de seguridad. No vemos obstáculo para ello, al menos en lo referente a aquellos hechos cometidos por el menor merecedores de una medida de internamiento, especialmente si ésta, en atención a la gravedad de la conducta, fuera en régimen cerrado cuya naturaleza es asimilable plenamente a la pena privativa de libertad pudiendo tener una duración en determinados casos de hasta cinco años (art. 9.3.^a y 4.^a LORPM).

Otra cuestión dudosa es si los órganos de la jurisdicción militar pueden emitir órdenes europeas con respecto a los hechos punibles a que extiende su competencia esta jurisdicción especial: los delitos militares. Ciertamente ni en la Decisión marco ni en la LOEDE se encuentra mención alguna a este extremo y a esta categoría de delitos, tradicionalmente excluidos del ámbito de la extradición. Recordemos que en las dos leyes orgánicas para la cooperación con los Tribunales internacionales para Yugoslavia y Ruanda, así como en el Proyecto de ley orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional⁽⁶³⁾, hay una norma competencial referida al Tribunal Militar Central, algo que brilla por su ausencia en la LOEDE, sin que tampoco se haya producido modificación alguna al respecto en la Ley orgánica procesal militar, recientemente reformada por L.O. 9/2003, de 15 de julio. En principio y dado que no se encuentra limitación alguna en la ley, no parece que haya obstáculo para que a su amparo pueda emitirse por el órgano jurisdiccional militar competente una orden europea siempre que lo sea por hechos punibles tipificados en el Código de Justicia Militar y sancionados con penas que cumplan los límites señalados en la LOEDE. La amplia formulación del art. 2.2 LOEDE que considera en España autoridad judicial de emisión competente a los efectos de emitir la orden europea al *juez o tribunal* que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes, daría cabida a los Juzgados togados militares y Tribunales militares territoriales; no obstante, y debido al juego del principio

(63) Art. 4.f) del proyecto de ley publicado en el BOCG (Congreso de los Diputados), serie A, núm. 156-1, de 13 de junio de 2003.

de doble incriminación o tipificación y a la gran diversidad entre las distintas legislaciones militares, su éxito se nos antoja bastante improbable.

En otro orden de cosas ha de tenerse presente que aunque no se mencione expresamente en el art. 3 de la LOEDE, ni concordantes (art. 5), presupuesto de la procedencia de la orden es que los tribunales españoles tengan jurisdicción para el enjuiciamiento de los delitos motivadores de la solicitud de detención y entrega, lo que conduce a los arts. 21 y 23 de la LOPJ.

B) Administrativa

No se plantea, con la orden europea, la problemática que sí existía en el régimen de extradición activa de la LECrim relativo a las eventuales facultades decisorias que parecían reconocerse a la autoridad gubernativa, habida cuenta la oscuridad del texto procesal penal en este punto⁽⁶⁴⁾.

En el sistema de la euroorden, la denominada *autoridad central*, que en el caso español es el Ministerio de Justicia (art. 2.3), no interviene en modo alguno a la hora de la decisión sobre su procedencia, siendo este cometido estrictamente judicial y encomendado, por consecuencia, a la autoridad judicial de emisión. Así se desprende con toda claridad de los preceptos que la LOEDE dedica a esta vertiente activa del procedimiento (arts. 5 a 8), limitándose la intervención de la autoridad central a recibir la copia de la orden europea que deberá remitirle la autoridad judicial (art. 7.IV).

Se ha hecho caso omiso, en este punto, de la petición cursada desde el Consejo General del Poder Judicial que en su Informe de 4 de octubre de 2002 al Anteproyecto proponía ser incluido de forma conjunta o complementariamente como Autoridad Central, algo permitido desde luego por la Decisión marco que en su art. 7 contempla la posibilidad de que cada Estado miembro designe una o varias autoridades centrales para que auxilien a las autoridades competentes. Entre las razones que esgrimía el Consejo para ello podrían destacarse, desde esta vertiente activa del procedimiento, por un lado el nuevo

(64) Especialmente problemática es la redacción de los arts. 824 y 831.1 LECrim, el primero de los cuales dispone que el órgano jurisdiccional *propondrá* al Gobierno que solicite la extradición y estableciendo el segundo la necesidad de que la petición de extradición se haga en forma de suplicatorio dirigido al Ministerio de Justicia. Sólo huyendo de una interpretación literal y haciendo una de carácter sistemático podría concluirse en la solución contraria apoyada, a su vez, en un argumento fundamental: y es el de que la negativa de los órganos gubernativos a dar curso a una solicitud judicial de extradición supondría una injerencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional constitucionalmente atribuida a los Juzgados y Tribunales (art. 117.3 CE). Vid. BELLIDO PENADÉS, R, *La extradición...*, op. cit., pp. 139 y 140.

papel que la Decisión marco atribuye a la Autoridad Central: *apoyo práctico y administrativo*. El Consejo, en su condición de institución incluida dentro del arco de punto de contactos de la Red Judicial Europea, podría asumir sin dificultad esa labor de proporcionar a los jueces y magistrados españoles apoyo práctico en el desempeño de las tareas que comporta la emisión y ejecución de una euroorden. Por otra parte, y atendiendo al aspecto estadístico, el Consejo General del Poder Judicial cuenta con medios adecuados para dejar constancia de los flujos asistenciales que cursen o cumplimenten los jueces y magistrados españoles.

2. Objeto

- A) Mediato: ejercicio de acciones penales; ejecución de pena o medida de seguridad

Como tuvimos ocasión de exponer al analizar los requisitos objetivos, el art. 5.1 de la LOEDE, en armonía con el 2.1 de la Decisión marco, permite a los jueces y tribunales españoles dictar una orden europea con el fin de proceder al ejercicio de acciones penales por aquellos hechos para los que la ley penal española señale una pena o medida de seguridad cuya duración máxima sea, al menos, de doce meses, o con el fin de proceder a la ejecución de una condena a una pena o a una medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad.

Dado que la Decisión marco ha previsto una lista de delitos que si están sancionados con una pena o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea de al menos tres años están exceptuados de la necesidad de doble incriminación, la LOEDE impone a la autoridad judicial de emisión española en estos casos el deber de hacerlo constar expresamente en la orden (art. 5.2) y a tal efecto se contiene la pertinente previsión en el modelo de formulario que la contiene.

- B) Inmediata: detención y entrega; entrega de objetos; entrega temporal

Al margen de la finalidad mediata que persigue la emisión de la euroorden ya señalada (ejercicio de acciones penales o proceder a dar cumplimiento a una condena ya emitida), la emisión de la orden entraña, o puede entrañar, un doble objeto de carácter inmediato. Por un lado, y de modo necesario, la intimación a la autoridad judicial de ejecución para que proceda a la detención y entrega de la persona respecto de la cual se emite la euroorden. Por otro lado, y de modo facultativo, el art. 5.3 de la LOEDE permite al órgano judicial español que

solicite a las autoridades de ejecución que *de conformidad con su derecho interno* entreguen los objetos que constituyan medios de prueba o efectos del delito. Además, y para el caso de que la euroorden se emita para ejercitar acciones penales contra el reclamado, el art. 8 prevé la posibilidad de solicitar de la autoridad judicial de ejecución la entrega temporal del reclamado previa a su decisión de entrega definitiva o bien la autorización para que el órgano de emisión pueda desplazarse al Estado del órgano de ejecución para interrogar a la persona reclamada (art. 8.1).

a) *Detención*

En lo referente a la primera vertiente, la emisión de la euroorden por la autoridad judicial española entraña para la extranjera de ejecución la obligación de proceder a la detención de la persona reclamada, sin perjuicio de que a continuación decida, de conformidad con su derecho, si dicha persona debe permanecer o no detenida, algo que expresamente prevé la Decisión marco en su art. 12, añadiendo que la libertad provisional del detenido podrá ser acordada en cualquier momento, de conformidad con el derecho interno del Estado miembro de ejecución, si bien con las medidas necesarias para evitar la fuga⁽⁶⁵⁾. De este modo, la orden europea, siempre que se haya emitido para un supuesto comprendido en el ámbito de aplicación del art. 2 de la Decisión marco, es automáticamente ejecutiva en cuanto a la práctica misma de la detención, sin perjuicio de que posteriormente pueda ser dejada sin efecto por la autoridad judicial (no así por la policial que la hubiera practicado).

Es la legislación del Estado miembro de ejecución la que regulará el modo de llevar a cabo la detención, derechos del detenido, plazo de puesta a disposición judicial y demás extremos al respecto. No obstante conviene tener presente que en la ejecución de la detención misma pueden intervenir eventualmente miembros de la policía del Estado de emisión, junto a los del Estado de ejecución. Tal situación puede producirse como consecuencia de las formas de cooperación policial previstas en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS) en caso de una investigación judicial en curso respecto de una persona sospechosa de haber participado en un hecho delictivo susceptible de dar lugar a la orden de detención: la vigilancia transfronteri-

(65) La debilidad de estas disposiciones contrasta con el proyecto inicial de la Comisión que había previsto un marco bastante detallado de las posibilidades de puesta en libertad. Por tal motivo ha sido especialmente criticada en el seno del Parlamento europeo donde se llegó a presentar una enmienda, que fue rechazada, destinada a crear la *eurofianza*.

za (art. 40 CAAS) y la denominada persecución en caliente (art. 41 CAAS) ⁽⁶⁶⁾.

Por otro lado, y en cuanto a los derechos que asisten al detenido, no debe olvidarse que existen unos mínimos a cumplir sea cual fuere el Estado de ejecución: el derecho a la asistencia letrada y de intérprete, expresamente consagrados en los arts. 6.3 y 5.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ⁽⁶⁷⁾ y de los que se ocupa el Libro Verde de la Comisión sobre Garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea ⁽⁶⁸⁾. De este modo, y

⁽⁶⁶⁾ Se trata de dos modalidades de cooperación pasiva entre Estados signatarios de Schengen. La primera consiste en permitir que al efecto de continuar en el marco de una investigación judicial la vigilancia de una persona sospechosa de haber participado en un hecho delictivo, susceptible de dar lugar a la extradición (y, entendemos, también a la euroorden) se realicen actividades de vigilancia dentro del territorio de otro Estado por parte de agentes extranjeros (si bien puede igualmente solicitarse que tal misión se encomiende a agentes del Estado en que la vigilancia ha de tener lugar); si como consecuencia de tal seguimiento los datos obtenidos aconsejan al Juez del Estado requirente ordenar la detención, podrá hacerlo por comunicación directa con la autoridad judicial del Estado de ejecución o bien a través del sistema de descripción SIS, según se halle el sujeto reclamado localizable o no. La persecución en caliente supone, por su parte, que como consecuencia de la comisión de un delito flagrante en uno de los Estados signatarios, y de la persecución no interrumpida del delincuente que se traslada a otro Estado, este último tolera que dentro de su territorio se realicen actividades de seguimiento de esa persona, para darle alcance y proceder a su captura por parte de agentes extranjeros. Hecho esto, deberá ser entregado a las autoridades locales; si hay orden de detención europea, la autoridad judicial del Estado de ejecución lo comunicará a la del Estado de emisión a fin de proceder a su efectiva entrega; de no haberse cursado todavía la solicitud de entrega se deberá comunicar igualmente a los efectos de su inmediata emisión pues en otro caso se debe proceder a la puesta en libertad del detenido.

⁽⁶⁷⁾ Reformulándose como art. II.47 al incorporarse la Carta al Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (CONV 850/03), cuyo texto definitivo fue entregado al Presidente del Consejo Europeo en Roma el 18 de julio de 2003, y que se pretende firmar en Roma el 9 de mayo de 2004.

⁽⁶⁸⁾ Apartados 4 y 5, respectivamente. Como se declara en el apartado 1.7, “aunque las diferencias en la manera como las normas procesales nacionales trasladan, en la práctica, los derechos humanos no suponen necesariamente violaciones del CEDH, sin embargo, con la existencia de prácticas divergentes se corre el peligro de dificultar la confianza que constituye la base del reconocimiento mutuo. Esto justifica una actuación de la UE de conformidad con la letra c) del artículo 31 del TUE, que no necesariamente tiene que adoptar la forma de una acción imperativa que obligue a los Estados miembros a modificar sustancialmente sus códigos de enjuiciamiento criminal, sino más bien la de una “mejor práctica europea”, cuya finalidad sería facilitar el funcionamiento en la práctica de estos derechos, aportando una mayor visibilidad y eficacia. No hace falta decir que el resultado, en ningún caso, ha de suponer ninguna reducción de la protección actualmente ofrecida por los Estados miembros”.

en nuestra opinión, la redacción del art. 11 de la Decisión marco que reconoce al detenido el derecho a la asistencia letrada y, en caso necesario, de intérprete, *de conformidad con el derecho del Estado de ejecución*, debe ser interpretado a la luz de la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos partiendo del reconocimiento real y efectivo de ese derecho a partir de la detención, sin perjuicio de que para su materialización (v.gr. derecho a abogado de libre confianza o de oficio, forma de designar a este último, forma de asistencia —activa o pasiva— en la declaración policial, etc.) se proceda conforme a la legislación interna del Estado miembro. En definitiva, las diferencias que en esta materia median entre los Estados miembros no deben afectar a ese mínimo indiscutible reconocido en la Decisión marco que es el derecho a la asistencia letrada y, en su caso, de intérprete desde la detención.

Es interesante tener presente que según determina expresamente el apartado 4 del art. 5 de la LOEDE, la autoridad judicial de emisión española deducirá del período total de privación de libertad que haya de cumplirse en España como consecuencia de una condena a pena o medida de seguridad privativa de libertad cualquier período de privación de libertad derivado de la ejecución de una orden europea, lo que incluye, naturalmente, el tiempo que hubiera estado detenido en el Estado miembro de ejecución a causa de la euroorden, según tendremos ocasión de ver con posterioridad.

b) Entrega de objetos

En lo relativo a la posible solicitud de que la autoridad judicial de ejecución entregue, junto con la persona reclamada, los objetos que constituyan medios de prueba o efectos del delito a instancias de la autoridad de emisión española, el art. 5.3 de la LOEDE recoge la posibilidad ya señalada en el art. 29 de la Decisión marco, que de forma más completa que el precepto que lo transpone al ordenamiento español añade que esta entrega deberá hacerse efectiva aun cuando la orden de detención europea no pudiera ejecutarse debido al fallecimiento de la persona reclamada o a la evasión de la persona buscada.

Además, se prevé que si tales objetos fueran susceptibles de embargo o comiso en el Estado miembro de ejecución éste podrá retenerlos si fueran necesarios para un proceso penal en curso o bien entregarlos al Estado emisor a condición de que sean devueltos, lo que evidencia, claramente, que el requerimiento de la autoridad judicial de emisión es de obligado cumplimiento para la de ejecución salvo la excepción señalada que, en todo caso, permite la entrega condicionada a la vez que contempla indirectamente la aplazada. No obstante, y según dispone el último apartado del precepto que comentamos (29.4 DM), se mantendrán todos los derechos que el Estado miembro de ejecución o terceros puedan haber adquirido sobre dichos objetos, lo que entraña el deber de proceder a su devolución por parte del Estado miembro emisor una vez terminado el proceso.

Este modelo de entrega inmediata de objetos contemplado por la euroorden parece que quiere generalizarse en el ámbito de la cooperación penal entre los Estados miembros, dada la intención de la Comisión de presentar una Propuesta de Decisión marco sobre la orden europea para obtener objetos, documentos y datos para su uso en procedimientos en materia penal; esta propuesta, que aplica el principio de reconocimiento mutuo a las órdenes de obtención de objetos, documentos y datos, permitirá una cooperación más rápida y eficiente y reemplazará el régimen existente de ayuda mutua, de conformidad con las conclusiones de Tampere, según se da cuenta en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento relativa a la actualización semestral del marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de “libertad, seguridad y justicia” en la Unión Europea⁽⁶⁹⁾. En esta línea se ha adoptado ya la Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas⁽⁷⁰⁾, existiendo el límite máximo del 2 de agosto de 2005 para que los Estados miembros lleven a cabo la obligada transposición de sus disposiciones. Además se proyecta un Libro Verde durante el segundo semestre de 2003 sobre la adopción de un instrumento que permita el control, supervisión o medidas preventivas solicitadas por una autoridad judicial a la espera de la decisión del tribunal penal para ser reconocidas y ejecutadas inmediatamente (sobre el reconocimiento mutuo y la ejecución inmediata de las medidas de control no privativas de libertad).

c) Entrega temporal

También y con carácter eventual la orden europea puede contener la solicitud del juez español que la emite de que le sea entregada temporalmente la persona reclamada en tanto se decide la entrega definitiva o bien se le autorice (al juez) para trasladarse al Estado donde se encuentra el reclamado al objeto de tomarle declaración. Ambas solicitudes que, aunque nada diga la ley, pudieran deducirse en forma subsidiaria para que si el Juez requerido no acepta una pueda conceder la otra, tienen como presupuesto que la finalidad pretendida con la euroorden sea proceder penalmente contra el reclamado.

Tal posibilidad que prevé la LOEDE en su art. 8.1, tiene su apoyo en el art. 18 de la Decisión marco. La ley española no precisa nada más a este respecto, algo lógico dado que quien tiene que decidir sobre el particular es la autoridad requerida por lo que, en su caso, la disposición pertinente al respecto se conten-

⁽⁶⁹⁾ Comunicación de 22-05-2003, referida al primer semestre de 2003 [COM (2003) 291 final], donde se señalaba el mes de junio de 2003 como fecha para efectuar dicha Propuesta.

⁽⁷⁰⁾ DOUE L 196/45 de 2 de agosto de 2003.

drá en su correspondiente ley de transposición, como hace el art. 16 de la LOEDE para el caso de que España sea autoridad de ejecución (euroorden “pasiva”).

No obstante el art. 18 de la Decisión marco establece unas líneas básicas al respecto indicando que la autoridad judicial de ejecución *deberá* aceptar bien que se tome declaración al reclamado con arreglo al art. 19⁽⁷¹⁾ por una autoridad judicial del Estado de emisión, bien la entrega temporal, lo que evidencia que la autoridad de ejecución no puede negarse a conceder una de las soluciones indicadas⁽⁷²⁾ aunque sí parece dársele margen para que opte por una u otra. Además se precisa que, en caso de traslado temporal, sus condiciones y duración se determinarán de común acuerdo entre las autoridades judiciales involucradas, debiendo garantizarse que la persona reclamada trasladada temporalmente pueda volver al Estado miembro de ejecución para asistir a las vistas orales que le conciernan en el marco del procedimiento de entrega.

Con CASTILLEJO MANZANARES consideramos que ambas soluciones alteran el normal acaecer del nuevo procedimiento, además de entrañar enormes dificultades, sobre todo la relativa al traslado temporal. Hubiera sido mucho más conveniente arbitrar un mecanismo más sencillo como el recurso a la videoconferencia, sorprendiendo la ausencia de previsión alguna al respecto, especialmente cuando ésta sí se contenía en la inicial Propuesta de Decisión Marco de la Comisión⁽⁷³⁾ y se prevé igualmente en el art. 10.9 del Convenio de Asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 2000⁽⁷⁴⁾, así como en diversos Tratados bilaterales suscritos entre los Estados miembros, como el de 2000 entre España e Italia, o por la propia

(71) El art. 19.1 DM dispone que “La toma de declaración de la persona buscada la realizará una autoridad judicial asistida por cualquier otra persona designada de conformidad con el Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional solicitante”.

(72) Queda abierto no obstante el interrogante de la posible existencia de motivos de denegación de tal solicitud, que bien pudieran ser los generales de rechazo de la euroorden, aunque no tiene mucho sentido pues esas causas operarían con carácter definitivo, por lo que pudiera entenderse que en principio habrá que aceptarla salvo que resulte evidente la falta de fundamento de la euroorden o el incumplimiento de alguno de sus presupuestos (v.gr. la pena aparejada es insuficiente o no es privativa de libertad).

(73) Art. 34 de la citada Propuesta de 19 de septiembre de 2001, que sin especificar los supuestos en que podía utilizarse este mecanismo permitía emplearlo para que la persona reclamada pudiera intervenir en el procedimiento penal abierto en el Estado de emisión desde el Estado de ejecución siempre que ambos Estados, de emisión y ejecución, lo aceptasen.

(74) DOCE C 197, de 12 de julio de 2000.

Unión Europea como el reciente Acuerdo de Asistencia Judicial entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América ⁽⁷⁵⁾.

3. Contenido

De conformidad con el art. 3 de la LOEDE, que transpone el art. 8 de la DM, la orden europea emitida por la autoridad judicial española deberá contener, en una de las lenguas oficiales del Estado miembro de ejecución, o en cualquier otra lengua aceptada por éste y ajustada al formulario que se recoge en el anexo y que reproduce, obviamente y de modo literal, el aprobado como anexo a la Decisión marco, una serie de extremos de carácter subjetivo y objetivo.

De este modo, junto a la identificación de la autoridad judicial que emite la orden, y la identidad y nacionalidad de la persona reclamada, habrá que indicar en primer término la resolución *judicial* ⁽⁷⁶⁾ ejecutiva que justifica la emisión de la euroorden: sentencia firme, si se trata de cumplimiento de condena impuesta; orden de detención o cualquier otra resolución judicial ejecutiva análoga (auto de prisión o de libertad provisional), de pretenderse el enjuiciamiento del reclamado. Se especificará además la naturaleza y tipificación legal del delito y la pena dictada (si hay sentencia firme) o bien la *escala* ⁽⁷⁷⁾ de penas que establece la legislación para ese delito, indicando si es posible otras consecuencias del delito. Expresamente se señalará si por concurrir las conocidas circunstancias del art. 9 se encuentra exceptuado del principio de doble incriminación. Finalmente deberá efectuarse una descripción de las circunstancias en que se cometió el delito, incluyendo el momento, lugar y grado de participación de la persona reclamada.

Cabe la posibilidad de que una misma orden pueda dictarse para varios delitos si respecto de todos ellos resulta competente la misma autoridad judicial de emisión. Aunque la ley no alude a ello, así se desprende claramente del

⁽⁷⁵⁾ Decisión del Consejo de 6 de junio de 2003, relativa a la firma de los acuerdos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre Extradición y Asistencia Judicial en materia Penal, publicada en el DOUE L 181, de 19-7-2003.

⁽⁷⁶⁾ A diferencia del Convenio Europeo de Extradición (art. 12), en la Decisión marco sobre la euroorden sí se concreta el necesario carácter judicial de la resolución [arts. 1.1 y 8.1.c)].

⁽⁷⁷⁾ Expresión poco acertada, en atención al vigente CP, pero que a juicio de MANZANARES SAMANIEGO debe aceptarse por respeto a la literalidad de la Decisión marco; la parte sustantiva de la Decisión marco debe aceptarse en sus propios términos, independientemente de que algunas de sus previsiones sean inaplicables o carezcan de sentido en el Derecho español (“El anteproyecto...”, cit., pp. 2 y 5).

formulario que como anexo se recoge tanto en la LOEDE como en la Decisión marco, concretamente en el apartado e) del mismo.

Por otra parte, y aunque el art. 8 no lo menciona, habrá de expresarse igualmente, y así se recoge en el formulario en atención a las exigencias de la Decisión marco (art. 5 DM), si habiéndose dictado la euroorden a efectos de ejecución de una pena o una medida de seguridad en un proceso seguido en ausencia, se cumplieron las exigencias necesarias en orden a la correcta citación del acusado para hacer efectivo su derecho de defensa⁽⁷⁸⁾; en otro caso habría que indicar que la persona dispone de las necesarias garantías jurídicas tras la entrega a las autoridades judiciales especificándose cuáles. Tales exigencias resultan sobradamente cumplidas en nuestra legislación procesal penal que sólo permite el juicio en ausencia en caso de delitos cuando la pena solicitada no exceda de dos años si es privativa de libertad⁽⁷⁹⁾ y habiéndose cumplido los requisitos en orden a su citación personal o en la persona o domicilio que hubiere señalado en su comparecencia ante el Juez de instrucción. Además en nuestro sistema la condena en ausencia siempre dispone de la garantía añadida que supone la posibilidad de recurrir en anulación ante el superior jerárquico para tratar de obtener la rescisión de la sentencia de condena y en su caso la celebración de un nuevo juicio.

En el caso de que se solicite la entrega para el ejercicio de acciones penales contra el reclamado, puede ser conveniente solicitar la autorización para desplazarse al Estado recurrido a efectos de tomar declaración al reclamado o bien pedir su entrega temporal, conforme autoriza el art. 18.1 DM. En tales casos habrá que efectuar tal petición y, tratándose de la entrega temporal, será conveniente justificar los problemas que la entrega normal y necesariamente “aplazada” puede comportar para la Justicia penal del Estado requirente: desaparición de fuentes de prueba, enjuiciamiento separado de los diversos responsables del hecho, prescripción del delito, etc. No obstante, y como ya adelantamos, pudiera solicitarse de forma alternativa la práctica de la declaración del detenido por

(78) La regulación de la Decisión marco en su art. 5.1 permite deducir que la sentencia en rebeldía es válida si el acusado ha sido citado personalmente o informado de cualquier otra manera de la fecha y lugar de la audiencia, introduciendo así un efecto armonizador que debe ser tenido en cuenta en las normas internas. Se echa en falta, no obstante, que no se incluye la exigencia de una mención en cuanto al derecho a interponer recurso y sobre el procedimiento aplicable, algo inexplicable si tenemos en cuenta que la indefensión atenta contra el art. 6 del Tratado de la Unión Europea y así se halla expresamente previsto en el art. 1.3 de la Decisión Marco.

(79) O de seis si fuera de otra naturaleza, según reza el art. 786.1.II LECrim, si bien este extremo no resulta de interés a efectos de la euroorden dado que necesariamente ha de emitirse en relación con delitos que lleven aparejada una pena (o medida de seguridad) privativa de libertad.

videoconferencia, si bien esta fórmula no está prevista expresamente ni en la DM ni en la LOEDE, aunque sí en otros instrumentos ya señalados⁽⁸⁰⁾.

No se exige en la Decisión marco, como tampoco en la LOEDE, que haya de acompañarse copia alguna de la resolución ejecutiva originaria; a diferencia de lo que es tradicional en los procesos de extradición, sólo se exige *indicación de su existencia*, lo que está justificado en virtud del principio de reconocimiento y confianza mutua. No obstante y en atención a lo prevenido en el art. 15 de la DM que autoriza a solicitar de la autoridad requirente la información complementaria necesaria si la remitida inicialmente es insuficiente para decidir, pudiera resultar conveniente que se acompañe a la solicitud de copia auténtica de la resolución ejecutiva originaria, para evitar que su ausencia motive una reclamación posterior que dilate el procedimiento por resultar necesaria al objeto de determinar la concurrencia o no de causas de denegación o de condicionamiento de la entrega.

4. Transmisión de la orden europea

En principio y según determina el art. 6.1 LOEDE si se conoce el paradero de la persona reclamada, el Juez español se podrá comunicar directamente con la autoridad judicial de ejecución⁽⁸¹⁾, transmitiéndole la orden por cualquier medio fiable que pueda dejar constancia escrita en condiciones que permitan establecer a la autoridad judicial de ejecución su autenticidad (art. 7.I), debiéndose tener presente a estos efectos la posibilidad abierta por el Acuerdo entre Estados miembros de las Comunidades Europeas sobre simplificación y modernización de las formas de transmisión de las solicitudes de extradición firmado en San Sebastián el 26 de mayo de 1989⁽⁸²⁾ de presentar solicitudes por vía de telefax y con un sistema criptográfico.

No obstante, en el momento en que sea operativo, deberá acudirse preferentemente al sistema de telecomunicaciones protegido por la Red Judicial

(80) Vid. apartado VIII.2.B.c).

(81) Suponiendo que conozca cuál es ésta; en otro caso la Decisión marco prevé (art. 10.1) que la autoridad judicial emisora deberá hacer las indagaciones necesarias al respecto, en particular a través de los puntos de contacto de la Red Judicial Europea con el fin de obtener dicha información del Estado miembro de ejecución. Téngase en cuenta, además, el apoyo que a dicha Red Judicial Europea presta la Red Judicial Española de Cooperación Internacional regulada en el Acuerdo Reglamentario 5/2003, de 28 de mayo, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en lo relativo a la cooperación jurisdiccional internacional.

(82) Ratificado por España mediante Instrumento de 18 de diciembre de 1991 (BOE de 17 de mayo de 1995).

Europea⁽⁸³⁾ regulada en la Decisión 2002/187/JAI, de 28 de febrero de 2002⁽⁸⁴⁾, como prevé la Disposición adicional segunda de la LOEDE en línea con lo determinado en el art. 10.2 de la Decisión marco. Además la autoridad judicial española deberá remitir una copia de la orden al Ministerio de Justicia en cuanto autoridad central (arts. 7.IV y 2.3 LOEDE).

Ahora bien, dado que lo normal es que no se conozca de antemano el paradero de la persona reclamada, no siempre será posible la remisión directa de la orden de detención al juez del Estado de localización del reclamado, como prevé el art. 6.1 de la LOEDE, sino que se hará necesario utilizar la vía tradicional de INTERPOL o introducir una descripción en el sistema de información de Schengen (SIS).

Se trata de dos posibilidades contempladas en los apartados 2 a 5 del artículo citado, decantándose preferiblemente por el empleo del SIS siempre que sea posible. La descripción de la persona reclamada en el SIS se ajustará a lo establecido en el art. 95 del Convenio de Schengen, extremo al que ya aludimos en su momento⁽⁸⁵⁾ y que requiere que se mencione la autoridad que pide la detención; la existencia de una orden de detención o un documento que tenga la misma fuerza, o de una sentencia ejecutoria; el carácter y la calificación legal de la infracción; la descripción de las circunstancias en que se cometió la infracción, incluidos el momento, lugar y grado de participación de la persona recla-

(83) Acción común 98/428/JAI, de 29 de junio de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del TUE, por la que se crea una Red Judicial Europea (DOCE L 191, de 7 de julio de 1998) y la Acción común 98/427/JAI del Consejo, de 29 de junio de 1998, sobre buenas prácticas de asistencia judicial en materia penal (DOCE L 191, de 7 de julio de 1998).

(84) Decisión del Consejo por la que se crea EUROJUST para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia (DOCE L 63, de 6 de marzo de 2002), cuyo Reglamento interno fue creado por su Colegio, órgano compuesto por todos los miembros nacionales, y posteriormente aprobado por el Consejo el 13 de junio de 2002 (DOCE C 286, de 22 de noviembre).

(85) Vid. apartado 3. El SIS se creó *ad hoc* por el Convenio de Schengen de cara a la aplicación del acervo Schengen, entre cuyas disposiciones se encuentran las peculiaridades de los procesos extradicionales recogidas en los arts. 59 a 66. El SIS lleva muchos años de implantación y cuenta por ello con la infraestructura necesaria para ser soporte de las transmisiones de solicitudes de extradición y órdenes de entrega europea, destacando la oficina SIRENE, oficina policial desde la que se introducen en el SIS las reclamaciones de personas en el ámbito Schengen (países que componen la Unión europea, salvo Irlanda y Reino Unido, más Islandia y Noruega) y con la que es posible tomar contacto las veinticuatro horas del día, que puede confirmar los datos precisos en caso de detención de una persona que pueda ser objeto de una búsqueda internacional; en el Estado emisor de una orden de detención, al igual que en el Estado de ejecución existirá una oficina SIRENE con la que poder contactar si fuera preciso.

mada y, en la medida de lo posible, sus consecuencias. Observa DE MIGUEL ZARAGOZA a este respecto que la citada descripción en el SIS no es una solicitud de extradición, sino de detención preventiva (art. 65) por lo que después debe seguir el envío de documentación habitual y por las vías de transmisión habituales una vez determinada quien sea la autoridad judicial de ejecución en función del paradero de la persona reclamada⁽⁸⁶⁾. Por ello determina el art. 9.3 de la Decisión marco que, con carácter provisional y hasta el momento en que el SIS tenga capacidad para transmitir toda la información que figura en el art. 8⁽⁸⁷⁾ (equivalente al art. 3 de la LOEDE ya examinado), la descripción equivaldrá a una orden de detención europea hasta que la autoridad judicial de ejecución reciba el original en buena y debida forma.

La futura ampliación del ámbito de la Unión y los avances producidos en las nuevas tecnologías han determinado la sustitución del SIS por el Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II), operada por Reglamento del Consejo 2424/2001, de 6 de diciembre⁽⁸⁸⁾ y que se pretende sea operativo en el 2006⁽⁸⁹⁾.

Si bien, como decimos, éste será el sistema a seguir cuando el Juez español no conozca el paradero del reclamado, igualmente y según permite expresa-

(86) DE MIGUEL ZARAGOZA, J., "Algunas consideraciones sobre la Decisión Marco...", op. cit., p. 12, en el que además advierte de la existencia de un elemento que puede producir un efecto perverso complicando el sistema habitual de la orden de detención y que consiste en que el juez requirente antes de introducir una "descripción" debe cerciorarse de que la detención procedería en todos los Estados parte, información de derecho comparado de la que en principio no dispone el juez requirente. Este obstáculo se nos antoja, sin embargo, de tipo menor merced a la Red judicial europea, y habida cuenta de la reciente creación de la Red judicial española de cooperación jurisdiccional internacional creada por Acuerdo reglamentario 5/2003, de 28 de mayo, del Consejo General del Poder Judicial por el que se modifica el Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales en lo relativo a la cooperación jurisdiccional internacional. Precisamente conforme al art. 2 de esta norma reglamentaria, el cometido de la Red judicial española es prestar la asistencia necesaria a los órganos judiciales para la correcta remisión y eficaz cumplimiento de las solicitudes de cooperación jurisdiccional, así como el apoyo que precisen los puntos de contacto de la Red Judicial Europea.

(87) Téngase en cuenta que la información prevista en el apartado 1 del art. 8 es más completa que la del art. 95 del CAAS, en cuanto añade la mención de cuál sea la pena impuesta o bien la escala de penas prevista que establece la ley en esos casos.

(88) DOCE L 328/4, de 13-12-2001. Tal Reglamento es consecuencia, a su vez, de la Decisión SCH/COM-EX (97) 24 del Comité ejecutivo, de 7 de octubre de 1997 (3).

(89) Vid. sesión n.º 2514, del Consejo JAI, de 5 y 6 de junio de 2003 [9845/03 (Presse 150)], donde se exponen las Conclusiones del Consejo sobre las Funciones del SIS y arquitectura del SIS II, recogándose el calendario para hacerlo operativo en la fecha indicada.

mente el apartado 3.º del art. 6 de la LOEDE aunque lo conozca y se comunique directamente con la autoridad judicial de ejecución competente puede, en cualquier momento y circunstancia, decidir introducir una descripción de la persona reclamada en el SIS.

Hecha la transmisión ha de tenerse en cuenta que cualquier dificultad que surja en relación con la propia transmisión o con la autenticidad de algún documento necesario para la ejecución de la orden europea se solventará mediante consulta directa entre las autoridades judiciales implicadas o, cuando sea pertinente, con la participación de las autoridades centrales de los Estados miembros (10.5 DM y 7.II LOEDE, si bien esta última no hace mención alguna en este punto a las autoridades centrales). Además y con posterioridad a la transmisión de la orden europea la autoridad judicial española podrá transmitir a la de ejecución cuanta información complementaria sea de utilidad para llevarla a cabo (art. 7.III LOEDE), del mismo modo que la autoridad judicial de ejecución podrá requerir a la española la remisión de la que considere necesaria a tal fin (art. 15.2 DM).

5. Tramitación posterior

Se sigue en el Estado requerido y receptor de la orden de detención y dependerá de su legislación que deberá ajustarse naturalmente a las directrices marcadas por la Decisión marco, destacando en este momento, y en lo que respecta a la autoridad española emisora, los siguientes extremos.

En primer lugar, y si la orden hubiera sido transmitida a una autoridad no competente para darle curso, tal circunstancia no supondrá su devolución al existir una obligación por parte de la receptora de transmitir de oficio dicha orden a la autoridad competente de su Estado dando cuenta de ello a la autoridad judicial emisora (art. 10.3).

Cabe la posibilidad, antes apuntada, de que a la autoridad emisora le sea solicitada con carácter de urgencia la información complementaria que a juicio de la de ejecución sea necesaria para poder pronunciarse sobre la entrega, debiendo cumplimentarla en el plazo que a tal efecto se le señale, que deberá ser breve al objeto de respetar los plazos genéricos para la decisión sobre la entrega (art. 15.2 DM), que, por regla general, no deben superar los sesenta días (art. 17 DM).

Acordada la entrega, y al margen de que eventualmente y si así se hubiera solicitado se hubiera podido acordar previa y provisionalmente el traslado temporal o el interrogatorio por la autoridad judicial de emisión desplazada al Estado miembro de ejecución, se notificará de inmediato a la autoridad judicial emisora (art. 22 DM) y se hará efectiva en la forma y fecha acordada entre las autoridades judiciales implicadas (art. 23 DM), debiéndose acompañar, en su caso, de los efectos del delito y piezas de convicción (art. 29 DM).

Además se le deberá remitir en el momento de la entrega toda la información relativa a la duración de la privación de libertad de la persona buscada mientras se ha tramitado la orden europea, a los efectos de que posteriormente le sea descontado del tiempo de privación de libertad que deba sufrir en el Estado de emisión (art. 26 DM). Tales previsiones enlazan directamente con el art. 58.1 de nuestro Código penal regulador del tradicionalmente conocido como “abono de la prisión preventiva”, si bien se extiende a otras privaciones de derechos acordadas cautelarmente y no sólo del derecho a la libertad⁽⁹⁰⁾.

Ahora bien, cosa distinta es si dicho plazo debe ser igualmente computable a efectos de determinación de los plazos máximos previstos en el art. 504 LECrim de una prisión provisional acordada por el juez español al que se haya hecho la entrega para asegurar el desarrollo del proceso penal seguido en nuestro país contra dicha persona y que motivó la emisión de la euroorden. La respuesta parece inclinarse del lado negativo puesto que no sería razonable conseguir que la persona reclamada regrese coactivamente a España para ser juzgado y ponerle en libertad una vez se encuentre aquí; y por otro lado porque este período de privación de libertad no es imputable al funcionamiento de la administración de justicia española sino a la propia conducta del sujeto, que ha intentado eludirla fugándose al extranjero⁽⁹¹⁾. Además del elemento teleológico, aboga en pro de esta interpretación el propio art. 504 LECrim que tras señalar los plazos máximos de duración de esta medida cautelar precisa que no se tendrá en cuenta para su cómputo “el tiempo en que la causa sufriere dilaciones no imputables a la Administración de justicia”⁽⁹²⁾.

Entregada la persona, la autoridad judicial de emisión española podrá proceder penalmente contra el reclamado respecto de la infracción que hubiere

(90) En tal sentido hubiera sido conveniente que la Decisión marco, teniendo presente la existencia de dicha previsión más amplia en las legislaciones de los diversos Estados miembros, hubiera previsto que, a la información del Estado de ejecución sobre el tiempo que el reclamado haya sufrido privación de libertad por razón de la euroorden, se añadiera igualmente la que se hubiera derivado de la adopción de otras medidas cautelares en previsión de la eventual pena impuesta o susceptible de imposición de la misma naturaleza, respecto de la cual realizar el abono.

(91) Así, y a propósito de la extradición, PASTOR BORGONÓN, B., *Aspectos procesales de la extradición en derecho español*, Madrid, 1984, p. 120.

(92) Así lo hace notar BELLIDO PENADÉS a propósito de la extradición, añadiendo que dicha interpretación ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional (STC 8/1990, de 18 de enero) estimando que, pese a no ser la más favorable al inculpado, no comporta vulneración del derecho a la libertad personal consagrado en el art. 17 de la Constitución española por cuanto las dilaciones acaecidas en el proceso penal español obedecieron única y exclusivamente a la intencionada conducta del recurrente en amparo (*La extradición en derecho español...*, op. cit., pp. 187 y 188).

motivado la petición y entrega, sin que pueda ser éste procesado, condenado o privado de libertad por una infracción cometida antes de su entrega distinta de la que hubiere motivado la entrega, salvo renuncia previa del Estado de ejecución notificada a la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea, o cuando se estuviere en presencia de alguno de los casos mencionados en el art. 27.3 de la DM ya examinado al analizar el principio de especialidad y a los cuales nos remitimos.

Aunque el principio del reconocimiento mutuo supondrá, por lo general, la aceptación de la orden de detención cursada, cabe también la posibilidad de que se deniegue la entrega en función de los diversos motivos que al amparo del art. 3 de la Decisión marco hayan sido contemplados en tal sentido por la ley del Estado de ejecución. No obstante, y para controlar posibles disfunciones, la Decisión marco, además de exigir, como es natural, que toda denegación de la orden europea esté debidamente justificada, permite que aquel Estado miembro que haya sufrido de forma repetida demoras en la ejecución de euroórdenes por parte de otro Estado miembro informará al Consejo con el objetivo de evaluar la aplicación por parte de los Estados miembros de la Decisión marco; aunque ciertamente tal previsión contenida en el art. 17.7 de la DM se refiere al supuesto de *demoras*, no vemos obstáculo alguno para posibilitar este mecanismo de control si se tratara simple y llanamente de negativas reiteradas y habituales.

En cuanto a los efectos que en el proceso penal español se derivarán de la negativa a la ejecución de la entrega, no son otros que la imposibilidad inmediata de continuar el que se encontrara pendiente o la ejecución de la pena o medida de seguridad que le hubiera sido impuesta. No obstante esto no significa que no pueda continuar en un momento posterior, dado que la decisión sobre la entrega no se encuentra revestida del efecto de cosa juzgada⁽⁹³⁾, lo que no impide reiterar una nueva solicitud de entrega especialmente si sobrevienen nuevos elementos o circunstancias que en su momento no se pudieron aportar y que conducirían a fundar una decisión distinta de la autoridad judicial de ejecución. Además no hemos de olvidar que desde luego podría continuar el proceso español si la persona reclamada regresase voluntariamente a España o se fugara

(93) Algo pacíficamente admitido respecto del “paralelo” proceso de extradición y que señala expresamente nuestro Tribunal Constitucional, que en su sentencia 156/2002, de 23 de julio (con cita de la anterior STC 227/2001, de 26 de noviembre), partiendo de que “en el proceso en vía judicial de la extradición no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado, ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado” concluye que “en atención precisamente a la propia naturaleza del proceso extradicional... las resoluciones que resuelven los procedimientos de extradición no producen el efecto de cosa juzgada y, por lo tanto, pueden en determinados supuestos ser sustituidas por otras”.

al territorio de un tercer Estado que pudiera conceder la entrega o, en su caso, la extradición⁽⁹⁴⁾.

Junto a la aceptación o denegación de la entrega, cabe una tercera variante de interés consistente en la suspensión de la entrega acordada por tener el reclamado causa pendiente en el Estado de ejecución o haber sido condenado en él por hecho distinto del que motivó la euroorden y a los efectos de que pueda ser enjuiciado o pueda cumplir en su territorio la pena impuesta (art. 24.1 DM). En tales casos la autoridad de emisión española podrá solicitar el traslado temporal de dicha persona con el fin de proceder a la práctica de diligencias penales o para la celebración de la vista oral; así se dispone en el art. 8.2 de la LOEDE, que da por supuesto que el juego de esta posibilidad se limita, obviamente, a los casos en que la orden se haya dictado a efectos de ejercicio de acciones penales contra el reclamado, puesto que una entrega temporal a efectos de cumplir una condena ya impuesta carece de sentido. Aunque la ley no añade nada más sobre este punto, ha de tenerse presente que el juez requirente deberá fundamentar su solicitud de entrega temporal en la necesidad de realizar determinadas diligencias instructorias o la celebración del propio juicio oral, aportando cuantos datos considere justificativos e importantes de cara a su concesión por el juez de ejecución (evitar la suspensión del juicio oral, especialmente en caso de pluralidad de acusados, siendo uno de ellos el reclamado; posible prescripción del delito, etc.).

Existen otras variantes de menor entidad reguladas en el art. 23 DM relativas a posibles suspensiones o aplazamientos de una entrega previamente acordada por concurrir causas de fuerza mayor o por motivos humanitarios graves que la impidan. En tales casos se prevé una comunicación entre las autoridades judiciales afectadas para que puedan fijar una nueva fecha para la entrega respetando los plazos señalados en el referido artículo.

IX. ENTREGA PASIVA (EJECUCIÓN DE UNA ORDEN EUROPEA)

El capítulo III de la LOEDE (arts. 9 a 23) regula de forma detallada el modo de proceder cuando una autoridad judicial española recibe de la autoridad judicial de otro Estado miembro una orden europea de detención y entrega respecto de una persona que se encuentra en territorio español. En tal caso nos encontramos ante la modalidad de entrega pasiva, en cuanto la orden debe ser ejecutada por el Juez español que en cuanto autoridad judicial de ejecución deberá entregar, en su caso, al reclamado al Juez requirente al objeto de proceder penalmente o exigirle el cumplimiento de una condena ya impuesta.

(94) En este sentido, y a propósito de la extradición, PASTOR BORGOÑÓN, B., *Aspectos procesales de la extradición en derecho español*, Madrid, 1984, pp. 77, 100, 130 y 131; BELLIDO PENADÉS, R., *La extradición...*, op. cit., pp. 192 y 193.

1. Competencia

A) Judicial

El art. 2.2 de la LOEDE señala a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional como autoridades judiciales de ejecución, sin perjuicio de la limitada competencia que como autoridad central se reconoce al Ministerio de Justicia.

Naturalmente y al ser la competencia de los órganos jurisdiccionales señalados una competencia de atribución, esto ha exigido la correspondiente reforma de la LOPJ para asignar a los citados órganos competencia específica en esta materia, lo que se ha llevado a cabo mediante la ley orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la ley sobre la orden europea de detención y entrega, que ha modificado los arts. 65 y 88 de la LOPJ. Conforme a las citadas modificaciones, serán los Juzgados Centrales de Instrucción los que “tramitarán los expedientes de ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega”, correspondiendo a la sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el conocimiento “del procedimiento para la ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega”.

Si bien conforme a los citados preceptos parece haber una clara separación de competencias entre ambos órganos en función de dos aparentes y diversas fases, una de instrucción y otra de decisión, funcionalmente atribuidas a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, respectivamente, lo cierto es que la solución es algo diversa.

En realidad, y como tendremos ocasión de ver, los Juzgados Centrales de Instrucción no sólo tramitan los expedientes, sino que adoptan la decisión de entrega en aquellos casos en que la persona reclamada prestare su consentimiento a la solicitud oído el Ministerio Fiscal. Sólo conocerá la Sala cuando no mediare consentimiento del reclamado a la entrega o aun concurriendo éste se hubiere apreciado la existencia de causas de denegación o condicionamiento de la entrega (art. 17 LOEDE) ⁽⁹⁵⁾.

En cualquier caso, la opción seguida por el legislador de residenciar en un órgano especializado y de ámbito territorial nacional la competencia para conocer de la ejecución de las órdenes de detención aparece justificada en razones fundamentalmente prácticas. Ciertamente en el rodaje del sistema parece aconsejable, al menos en una primera etapa, que sea un órgano familiarizado con

⁽⁹⁵⁾ Algo que ha sido expresamente criticado por el Magistrado-Juez GARZÓN REAL en su ponencia sobre “European arrest warrant (EAW)” presentada a la Conferencia celebrada los días 5 y 6 de junio de 2003 en Londres sobre el tema *Eurowarrant: European Extradition in the 21st Century*.

temas similares (no se olvide su competencia en materia de extradición) el que se ocupe de estas cuestiones para lograr cumplir con los perentorios plazos que tanto la Decisión marco como la LOEDE establecen. No haber legislado en ese sentido hubiera supuesto dejar en manos de los Juzgados de instrucción la competencia para tramitar los expedientes y, en su caso, decidir sobre los mismos, lo que si bien podría estar más en consonancia con el sistema y filosofía de la Decisión marco ⁽⁹⁶⁾, supondría una nueva competencia compleja a sumar a las que ya tienen en un momento particularmente delicado en cuanto a volumen de trabajo con la reciente entrada en vigor de los “juicios rápidos”, tarea que en principio reclama en estos primeros momentos no dispersar su atención en otras cuestiones igualmente novedosas y tanto o más delicadas.

B) Administrativa

En lo relativo a la competencia del Ministerio de Justicia en cuanto autoridad central, debe tenerse en cuenta una vez más su limitado papel que por regla general se reducirá a funciones de auxilio a las autoridades judiciales competentes.

No obstante, y como ya adelantamos, asume unas discutibles funciones de decisión (o, más bien, de propuesta de decisión), al modo en que es tradicional en los procedimientos extradicionales de los que la euroorden pretende diferenciarse, cuando se produzca un concurso de solicitudes entre una euroorden y una petición de extradición cursada por un tercer país, según determina el art. 23.2 LOEDE que veremos posteriormente. La atribución en la norma interna española de competencias decisorias al Consejo de Ministros previa propuesta de la autoridad central, con una remisión asistemática e indeterminada a la ley de extradición pasiva, hace renacer una problemática perturbadora. Es cierto que el art. 18.3 de la Decisión marco habla de “autoridad competente” para referirse a la que en esos casos debe adoptar la decisión, pero en su filosofía esta autoridad no puede ser una autoridad gubernativa, sobre todo porque las variables a utilizar para resolver la colisión son netamente jurídicas ⁽⁹⁷⁾.

Acaso estos problemas hubieran podido resolverse si se hubiera incluido al Consejo General del Poder Judicial como *autoridad central* junto al Ministerio de Justicia, tal y como solicitó en su Informe al Anteproyecto ya citado y que sería más acorde con el proceso de “judicialización” de la cooperación judicial internacional en el que la euroorden se enmarca y en el que el sistema de

⁽⁹⁶⁾ Así lo estima DE MIGUEL ZARAGOZA, J., “Algunas consideraciones...”, op. cit., pp. 3 y 4.

⁽⁹⁷⁾ DE MIGUEL ZARAGOZA, J., “Algunas consideraciones...”, op. cit., p. 4, a propósito del art. 23 del primitivo Anteproyecto, extrapolable directamente al texto de la nueva ley.

verticalidad en la circulación transnacional de resoluciones judiciales va cediendo paso a un sistema de horizontalidad en las relaciones asistenciales de lo cual es exponente la comunicación directa entre autoridades judiciales recogida como principio general para la asistencia en materia penal en el Convenio de la Unión Europea de asistencia judicial en materia penal, sin intervención de las autoridades ministeriales.

2. Recepción de la orden por la autoridad española. El control inicial de los presupuestos que autorizan la detención y entrega

A) Formales

En principio y según hemos tenido ocasión de ver al analizar la competencia, la orden europea deberá haber sido remitida a un Juzgado Central de instrucción, único órgano competente para tramitar este tipo de expedientes. No obstante, y de haberse remitido a un órgano incompetente, éste deberá transmitir de oficio dicha orden a la Audiencia Nacional e informará de ello a la autoridad judicial de emisión, según determina el art. 10.1 de la LOEDE. Posteriormente será la Audiencia la que, en atención a las normas de reparto existentes, remita la petición al Juzgado Central de Instrucción al que por turno le corresponda.

Recibida la petición por el Juzgado Central de Instrucción, comprobará en primer término que la orden esté traducida al español, puesto que en otro caso deberá requerirla del juez de emisión suspendiendo entretanto la tramitación de la orden. Se exceptúa de esta solución el caso en que se haya puesto a disposición judicial como detenido a la persona reclamada a consecuencia de haberse introducido su descripción previa en el SIS, debiéndose ordenar entonces de oficio por el Juez español la traducción de la orden sin suspender el procedimiento (art. 10.2 LOEDE).

Además, y pese al silencio sobre este punto, la autoridad judicial española deberá comprobar la autenticidad de la orden, requiriendo en caso de duda las aclaraciones que sean pertinentes a la autoridad judicial solicitante o, en su caso, a la autoridad central del Estado requirente si en él le correspondiera a ésta la transmisión (y recepción) administrativa de las órdenes al amparo del art. 7.2 DM. Mediante consulta directa entre las autoridades implicadas se deberá solventar toda dificultad que surja en relación con la transmisión o autenticidad de algún documento necesario para la ejecución de la orden (art. 10.5 DM).

Corresponde finalmente al Juzgado Central de Instrucción la obligación de comunicar al Ministerio de Justicia en cuanto autoridad central española la recepción de cuantas órdenes le sean remitidas. No se fija para ello plazo en la ley, pero sí que se haga “a la mayor brevedad posible” (art. 10.3 LOEDE), concepto jurídico indeterminado que parece sugerir que la urgencia con que

deben tramitarse estas órdenes permite posponer tal actuación administrativa a un momento inmediatamente posterior a la adopción de las primeras medidas más urgentes de cara a posibilitar la entrega, que podrán variar en cada caso (v.gr. tras la exigencia de traducción, de no concurrir ésta; tras la emisión del auto ordenando la detención, o tras la propia toma de declaración al detenido que haya sido puesto a disposición judicial por la Policía como consecuencia del funcionamiento del SIS).

B) Materiales

Desde el punto de vista material, el Juez Central deberá comprobar si la orden de detención y entrega se ajusta a las exigencias de contenido enumeradas en el art. 3 de la LOEDE en armonía con el 8 de la DM y, por tanto, aparecen reflejados todos los datos subjetivos y objetivos requeridos, prestando especial atención a los relativos a los extremos cualitativos y cuantitativos de la pena conminada o efectivamente impuesta, así como a la ejecutividad de la resolución con base en la cual se adoptó la orden (sentencia firme, orden de detención o resolución análoga).

No se exige en la Decisión marco, como tampoco en la LOEDE, que haya de acompañarse copia alguna de la resolución ejecutiva originaria; a diferencia de lo que es tradicional en los procesos de extradición, sólo se exige *indicación de su existencia*, lo que está justificado en virtud del principio de reconocimiento y confianza mutua. Otra cosa es, desde luego, que falte incluir en la solicitud alguna información necesaria con arreglo al art. 3, o bien de la remitida surjan dudas en orden a la concurrencia de posibles causas de denegación o condicionamiento de la entrega. En tales casos, y según permite el art. 15 de la LOEDE, deberá solicitar de la autoridad judicial de emisión la omitida, al igual que podrá solicitarle la complementaria que considere oportuna en orden a la apreciación de posibles causas de denegación (v.gr. prescripción del delito o de la pena) o condicionamiento de la ejecución pudiendo fijar un plazo para su remisión al objeto de poder cumplir con los plazos máximos previstos en el art. 19.

3. Detención del reclamado

Aunque la regulación de la LOEDE no indica claramente cuál es el *iter* procedimental a seguir, parece que lo más correcto tras el examen *prima facie* de la efectiva concurrencia de los presupuestos anteriormente señalados es ordenar la detención de la persona reclamada para tomarle declaración y a la vista de lo declarado por el detenido y de los datos contenidos en la solicitud poder estar en condiciones de decidir tras valorar la concurrencia o no de causas de denegación.

De este modo el Juez Central de Instrucción deberá acordar la detención de la persona reclamada, dictando el oportuno auto a tal efecto, para que sea llevada a cabo por la Policía judicial. La existencia de la orden europea constituye un supuesto autónomo de detención por orden judicial a sumar a los recogidos en los arts. 492 en relación con el 494 de la LECrim; como ya expusimos en otro momento, la orden europea es automáticamente ejecutiva en cuanto a la práctica misma de la detención siempre naturalmente que se cumplan las condiciones que permiten el dictado de la euroorden.

La LOEDE exige que dicha detención se practique en la forma y con los requisitos y garantías previstos por la LECrim, lo que exige la observancia de los derechos recogidos en el art. 520 de la LECrim en relación con los arts. 17 y 24 CE e interpretados de conformidad con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a propósito del art. 5 del Convenio Europeo.

En cuanto a la duración de la detención preventiva, la LOEDE prevé un plazo máximo de setenta y dos horas una vez llevada a cabo la detención, para que el reclamado sea puesto a disposición del Juzgado Central de Instrucción, plazo que, naturalmente, no tiene por qué ser agotado funcionando como límite máximo cuyo agotamiento estaría justificado en aquellos casos en que por razón de la distancia (v.gr. se hubiera practicado la detención en la periferia o en territorio insular) o por otras razones diversas (v.gr. insuficiencia de medios para poder efectuar un traslado inmediato) no pudiera proveerse de otro modo. Ahora bien, por regla general y en la medida de lo posible, la entrega debe ser inmediata; téngase en cuenta que la actividad policial no podrá durar más de lo estrictamente necesario para la identificación y traslado al Juzgado Central de Instrucción.

La solución que inicialmente se barajó en el Anteproyecto de ley no señalaba las setenta y dos horas sino las veinticuatro como límite máximo. Sin embargo, y tomando en consideración las advertencias del Consejo General del Poder Judicial efectuadas en su Informe de octubre de 2002⁽⁹⁸⁾, que alertaban de lo exiguo del mismo y de las dificultades de cumplimiento que en ocasiones y por razón del lugar de la detención podían producirse, y dado que la Decisión marco no exigía la observancia de tan breve plazo, se aconsejaba, como así se llevó a cabo, la sustitución por el de setenta y dos horas. El cambio parece acertado, además de por las razones antedichas, por resultar no sólo plenamente ajustado a las exigencias constitucionales (art. 17.2 CE) sino tener un cierto carácter uniformador; en este sentido y al margen de su plasmación desde los años ochenta en los arts. 520.1 y 520 bis.1 LECrim se toma igualmente como

(98) Pp. 29 y 30 del citado Informe.

referente en el Proyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional⁽⁹⁹⁾ en su art. 11.

4. Actuaciones inmediatas cuando la solicitud de entrega se cursó para el ejercicio de acciones penales contra el reclamado

De haberse emitido la solicitud de entrega con vistas al enjuiciamiento del reclamado, la autoridad judicial de ejecución antes de llevar a cabo cualquier actuación en el procedimiento de entrega (al margen de la información judicial inicial a que posteriormente aludiremos) deberá adoptar de manera inmediata una de las dos medidas siguientes: bien aceptar que a la persona buscada se le tome declaración por una autoridad judicial del Estado de emisión, bien aceptar el traslado temporal al Estado de emisión de la persona buscada.

Ambas soluciones se regulan en el art. 16 de la LOEDE, cuya ubicación sistemática no es del todo correcta al situarse tras el artículo que regula la audiencia del detenido (art. 14), lo que podría hacer dudar de su carácter inmediato y previo a las actuaciones en el procedimiento de entrega, si no fuera porque el propio precepto en su apartado tercero dispone para el caso de traslado temporal la obligatoriedad de que el reclamado vuelva a España para asistir a las vistas orales que le conciernan en el marco del procedimiento de entrega.

La adopción de cualquiera de las dos medidas aludidas se halla condicionada a la mediación de solicitud de la autoridad judicial de emisión. No obstante se plantea un problema en cuanto a la eventual vinculación del Juez a la citada petición, puesto que los términos del art. 16.1 de la LOEDE no la indican (el Juez Central de Instrucción *podrá acordar*), a diferencia de la fórmula imperativa elegida en el art. 18 de la DM (la autoridad judicial de ejecución *deberá*). La solución, entendemos, debe resolverse en pro de la que indica la Decisión marco, considerando que la petición del Juez de emisión debe ser atendida aunque pueda optarse por cualquiera de las dos variantes y no necesariamente por la solicitada; serán las circunstancias del caso concreto las que aconsejen inclinarse por una u otra⁽¹⁰⁰⁾ por más que siempre se deba tener presente, como ya adelantamos, que el traslado temporal puede generar efectos altamente perturbadores en el discurrir de la euroorden.

(99) Art. 11 del Proyecto de ley publicado en el BOCG (Congreso de los Diputados) Serie A núm. 156-1, de 13 de junio de 2003.

(100) Si bien y con CASTILLEJO MANZANARES (*Instrumentos en la lucha contra la delincuencia...*, op. cit., p. 118) consideramos que hubiera sido más conveniente que se hubieran establecido dentro de la LOEDE las condiciones adecuadas que deberían darse para adoptar uno u otro procedimiento.

Pero con ser el traslado temporal la solución más discutible, habida cuenta de los perentorios plazos de decisión a que posteriormente aludiremos, tampoco está exenta de problemas la que pasa por el desplazamiento de la autoridad judicial de emisión a España para la toma de declaración. En el art. 16.2 de la LOEDE y tras remitir en cuanto a las condiciones de la declaración a las pactadas entre las autoridades judiciales concernidas se dispone que la declaración se practicará según lo previsto por la ley española con observancia de los derechos que asisten al detenido (en especial asistencia letrada y de intérprete y derecho a no declarar contra sí mismo) *pudiendo establecer el Juez Central de Instrucción que dicha diligencia se practique en su presencia o con la de un Secretario judicial que deje constancia del cumplimiento de las condiciones previstas en este artículo y las pactadas entre las autoridades judiciales que conocen del procedimiento*. Es evidente que la regulación es deficiente puesto que al ser el Secretario judicial el depositario de la fe pública judicial conforme al art. 281 de la LOPJ, su presencia en la diligencia es siempre obligatoria, mientras que la del magistrado del Juzgado Central de Instrucción es la que podrá ser facultativa, añadiéndose en su caso a la del Secretario ⁽¹⁰¹⁾.

Nada se dice, sin embargo, de la posibilidad de adoptar mecanismos alternativos a los dos examinados que, con menor coste, mayor rapidez e iguales resultados, pueden evitar los inconvenientes y dilaciones derivados del traslado temporal o del desplazamiento e interrogatorio por la autoridad judicial de emisión. Sorprende, negativamente, que no se haya mencionado la videoconferencia como instrumento de empleo alternativo (o incluso preferente), algo por otra parte aconsejado desde el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al inicial Anteproyecto de Ley ⁽¹⁰²⁾. Ahora bien; el que no se mencione no impide, en nuestra opinión, que pueda disponerse en sustitución de las dos soluciones dadas por la DM y la LOEDE si media acuerdo entre las autoridades judiciales de emisión y de ejecución y presta su consentimiento el interesado, a semejanza de las previsiones contenidas en el art. 10.9 del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre Estados miembros de la Unión Europea de 2000 ⁽¹⁰³⁾. Cierto es que esta práctica hoy por hoy no se halla prevista expresa-

(101) Extremo que ya fue advertido en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley, de octubre de 2002 (p. 33), y desoido por el legislador.

(102) Vid. pp. 35 y 36 del Informe.

(103) Estableciéndose en el art. 10.5 los requisitos que habrán de observarse en su práctica. Vid., asimismo, el art. 6 del Acuerdo de Asistencia Judicial en materia Penal entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, que también la contempla.

mente en la LECrim⁽¹⁰⁴⁾, aunque tiene cabida al amparo del art. 230 de la LOPJ. Pero en los últimos años viene reflexionándose sobre la conveniencia de una cierta generalización de su empleo y a este respecto puede citarse la Instrucción 3/2002 de la Fiscalía General del Estado y, muy especialmente, la regulación proyectada en la LECrim aprovechando la reforma en curso de la prisión provisional, en la que se permitirá recurrir a este mecanismo por razones de *utilidad, seguridad o de orden público*, así como cuando la comparecencia personal resulte *particularmente gravosa o perjudicial*⁽¹⁰⁵⁾, términos estos que claramente darían cobertura al supuesto que examinamos.

5. Audiencia preliminar. El control de la concurrencia de causas de denegación o condiciones a la entrega. La adopción de medidas cautelares

Puesta la persona detenida a disposición judicial, una lectura de los arts. 13.3 y 14.1 de la LOEDE plantea dudas en orden a la secuencia de actuaciones a practicar por el Juez Central, pues no resulta claro si se prevén dos comparecencias diversas, una inicial de información y otra posterior a modo de audiencia preliminar a celebrar en las setenta y dos horas siguientes a la primera en presencia del Fiscal, y donde se realizarán alegaciones y se prestará, en su caso, el consentimiento a la entrega, o una única donde pudiera refundirse todo. La duda no se plantea cuando la orden se ha cursado con vistas al ejercicio de acciones contra el reclamado y se ha solicitado además la autorización para interrogatorio directo con desplazamiento de la autoridad judicial de emisión o el traslado temporal del reclamado, casos en que la separación de actuaciones se deduce con relativa claridad de la letra de la ley, puesto que si bien es cierto que habrá de concederse alguna de las actuaciones pedidas antes de llevar a cabo la audiencia preliminar del procedimiento de entrega, elementales exigencias del derecho de defensa imponen que previamente haya sido informado el reclamado de la existencia de la orden y del hecho que está en su base en la comparecencia inicial del art. 13.3 a que a continuación aludiremos.

En los restantes casos la solución en cambio no se desprende con nitidez de la regulación legal. Frente a la solución propuesta por el Consejo General del

(104) Tan sólo se encuentra expresamente previsto el recurso al sistema de la videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y del sonido a los efectos de impedir la confrontación visual entre testigo (o víctima) menor de edad con el inculpado (arts. 448.III y 707).

(105) Así se recoge en los proyectados arts. 325 y 731 bis LECrim y 229.3 LOPJ, según la redacción dada por el artículo cuarto del Proyecto de ley orgánica de reforma de la LECrim en materia de prisión provisional [BOCG, Senado, serie II, de 3 de julio de 2003, núm. 139 (a)].

Poder Judicial que planteaba refundir las dos aparentes comparecencias en una única a realizar dentro de las setenta y dos horas desde la puesta a disposición judicial ⁽¹⁰⁶⁾, el texto final parece distinguir la siguiente secuencia en orden a las actuaciones judiciales que han de llevarse a cabo.

En primer lugar y al margen del deber del Juez Central de Instrucción de comunicar la existencia de la detención a la autoridad judicial de emisión, se llevará cabo una comparecencia inicial ante el Juez en la que, conforme determina el art. 13.3, se informará al detenido de la existencia y contenido de la orden europea, así como de la posibilidad de otorgar su consentimiento con los efectos derivados de éste (especialmente, de su irrevocabilidad) y le instruirá de los demás derechos que le asisten recogidos fundamentalmente en el art. 520 LECrim (a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable, etc.), aunque también dentro de la LOEDE, especialmente del derecho a acogerse al principio de especialidad regulado en el art. 24. Aunque no se menciona expresamente en este precepto de la LOEDE, tal comparecencia deberá realizarse en los términos necesarios para garantizar su derecho de defensa, lo que exige en todo caso llevarse a cabo con asistencia letrada (letrado de su elección o, en su defecto, de oficio) y, de ser necesario, asistencia de intérprete, por exigencia de los arts. 520 y 775 LECrim ⁽¹⁰⁷⁾.

Posteriormente, y dentro de las setenta y dos horas contadas desde la inicial puesta a disposición judicial ⁽¹⁰⁸⁾, se llevará a cabo la audiencia prevista en el art. 14 de la LOEDE a la que deberán concurrir el Fiscal, el detenido y su abogado defensor. Tal separación entre uno y otro trámite acaso no sea lo más conveniente desde el punto de vista de la celeridad con que se debe tramitar

(106) En la página 31 del Informe se dice lo siguiente: "...sería positivo que, en lo que se refiere a la secuencia de actuaciones judiciales con la persona detenida, se refundiesen los preceptos contenidos en los arts. 13.3 y 14, estableciendo el plazo de 72 horas, a computar desde la puesta a disposición judicial del detenido, para que la autoridad judicial le informe de la existencia de la orden europea, su contenido, la posibilidad de prestar consentimiento irrevocable a su entrega al Estado emisor, le instruya de sus derechos, convoque a las partes y celebre la audiencia".

(107) En cuanto a la exigencia de asistencia letrada en la primera declaración judicial, recogida en el nuevo art. 775 LECrim que consideramos aplicable a todo tipo de procesos por delitos, vid. mis "Aspectos fundamentales de la reforma del procedimiento abreviado por Ley 38/2002, de 24 de octubre (I)", en *Actualidad Penal*, n.º 18 de 2003, p. 487.

(108) Lo que naturalmente habrá de ser objeto de matización cuando se haya acordado previamente el traslado temporal o el interrogatorio por la autoridad judicial de emisión desplazada a España; en tales casos el plazo máximo de setenta y dos horas para la celebración de la audiencia entendemos que habrá de computarse desde el regreso a España del reclamado o tras la prestación de la declaración, respectivamente.

este procedimiento pero sí resulta más acorde con las exigencias del derecho de defensa en tanto permite contar con un lapso de tiempo adecuado para permitir, por ejemplo, la asistencia del abogado defensor de su confianza y, en todo caso, preparar adecuadamente la estrategia defensiva frente a la orden europea.

En esta audiencia, y habida cuenta de la remisión a los preceptos de la LECrim reguladores de la declaración del detenido, deberá comenzar recordándole sus derechos y tomándole declaración acerca de sus datos personales, pasando a continuación a preguntarle sobre si consiente de manera irrevocable en la entrega debiendo cerciorarse el Juez, si la respuesta es afirmativa, de la libertad en la prestación del consentimiento y del conocimiento de su alcance, caso en el que se extenderá acta por el Secretario comprensiva de este extremo así como, en su caso, de la renuncia a acogerse al principio de especialidad⁽¹⁰⁹⁾ del art. 24. La Decisión marco, respecto a este extremo, exige de los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para que el consentimiento y la eventual renuncia al principio de especialidad se obtengan en condiciones que pongan de manifiesto que la persona lo ha formulado voluntariamente y con pleno conocimiento de las condiciones que ello acarrea (art. 13.2); en este sentido, pudiera aplicarse analógicamente las prevenciones que nuestro texto procesal penal establece en el art. 787.4 a propósito de la conformidad con la pena solicitada conducente a una sentencia de conformidad.

El problema es que no se establece solución para el caso de que el Juez albergue dudas sobre la libertad del consentimiento, pues continuar la audiencia a efectos de discutir la posible concurrencia de causas de denegación carece de sentido, al no haberse planteado. No resulta claro si en estos casos podrá el Juez denegar directamente la entrega, tras oír al Ministerio Fiscal, o bien deberá elevar las actuaciones a la Audiencia para que ésta sea quien decida, pues los términos del art. 18.1, como después veremos, no son todo lo precisos que debieran.

De no prestarse el consentimiento, se pasará entonces a oír las alegaciones de las *partes* sobre la concurrencia de causas de denegación del art. 12 o imposición de condiciones a la entrega del art. 11, pudiendo proponerse los medios de prueba a tal efecto para ser practicados en el acto, si bien cabe aplazar su práctica de ser necesario teniendo en cuenta la obligación de respetar los plazos máximos de la ley.

Cuando la ley habla de *partes* a la hora de debatir las causas de denegación y condicionamiento así como de la proposición de pruebas, surge la duda de si

(109) Vid. sobre este principio lo dicho en el apartado V.5.

además del abogado del detenido ⁽¹¹⁰⁾ y del Ministerio Fiscal, alcanza al propio detenido, algo que se planteó el Consejo General del Poder Judicial en el Informe al Anteproyecto considerando que no llegaba a aclararlo la Ley. En nuestra opinión y dada la vigencia del principio de concentración que debe presidir el discurrir de la audiencia, es claro que debe incluirse al reclamado, y no sólo porque en otro caso no hubiera tenido sentido haber utilizado el término de *partes*, sino por elementales exigencias del derecho de defensa, puesto que con relación a esta persona se llevan a cabo importantes actuaciones que le conciernen y que requieren su presencia. Además la ley no establece ruptura alguna entre el requerimiento al reclamado para la prestación del consentimiento y las posteriores actuaciones a seguir ante su negativa, por lo que la unidad de trámite exigiría la continuación de las actuaciones con su presencia con la que desde el inicio se cuenta.

A) Causas de denegación

Siguiendo básicamente la estructura trazada por la DM (arts. 3 y 4) la LOEDE en un único artículo (art. 12) diferencia en dos apartados entre las causas cuya concurrencia da lugar a la denegación obligatoria de la orden (12.1), y otras que simplemente la hacen facultativa (12.2). Su volumen total (se recoge un número de doce excepciones) ha hecho que algunos autores adviertan la aproximación de la institución de la entrega al modelo clásico de la extradición ⁽¹¹¹⁾.

Causas de denegación obligatoria. El art. 12.1 de la LOEDE recoge tres causas de este tipo.

— En primer lugar el apartado a) contempla un supuesto de cosa juzgada al haber deducido la autoridad española de la documentación obrante en autos que el reclamado ha sido juzgado de modo definitivo por los mismos hechos en un Estado miembro distinto del requirente siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada, esté en curso de ejecución o ya no pueda ejecutarse en atención al derecho de ese tercer Estado miembro.

Al margen de que la redacción del precepto no sea excesivamente correcta puesto que no se habla de “condena en sentencia firme por los mismos hechos” sino de persona “juzgada definitivamente”, lo cual se justificaría en el traslado literal de la causa recogida en el 3.2 DM, se trata del ejemplo más clásico del principio *ne bis in idem*.

⁽¹¹⁰⁾ No menciona la LOEDE al Procurador, por lo que, al igual que sucede con el proceso de extradición pasiva, dicha ausencia de mención conduce a que su intervención no sea preceptiva.

⁽¹¹¹⁾ DE MIGUEL ZARAGOZA, J., “Algunas consideraciones...”, op. cit., p. 8.

Por otra parte la referencia a la *autoridad judicial de ejecución española* no aclara cuál sea ésta, si bien conectando este precepto con el art. 18 LOEDE, se llega a la conclusión de que la apreciación final parece corresponder tanto en éste como en los restantes casos de denegación o condicionamiento a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Lo que naturalmente y como veremos con posterioridad no significa que no haya existido una apreciación inicial de su concurrencia por el Juez Central de Instrucción, puesto que debe ser éste quien al apreciar por sí mismo su concurrencia o por indicación del Ministerio Fiscal eleve las actuaciones a la Sala para que ésta decida.

— En segundo lugar, el apartado b) excluye la entrega cuando el reclamado “aún no pueda ser, por razón de su edad, considerado responsable penalmente de los hechos en que se base dicha orden con arreglo al derecho español”. Como advertimos en su momento, una cosa es que la responsabilidad penal conforme al Código Penal español no sea exigible sino desde los dieciocho años (art. 19.I CP), y otra muy distinta que antes de esa edad no pueda exigirse en modo alguno dicha responsabilidad, como se reconoce en el propio art. 19.II Cp. Responsable penal de un hecho punible se es desde los catorce años, si bien entre esa edad y los dieciocho años ⁽¹¹²⁾ dicha responsabilidad penal únicamente es exigible conforme a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Esto trae como consecuencia que la denegación por razón de edad a que alude el apartado que comentamos del art. 12 de la LOEDE deba limitarse en principio a quienes no sean mayores de catorce años.

— Por último y en el apartado c) se recoge el indulto en España de la pena impuesta al reclamado por los mismos hechos en que se funda la euroorden y éste fuera perseguible por la jurisdicción española. En este punto la LOEDE se separa de la Decisión Marco que de forma paralela alude a la amnistía en el Estado de ejecución como causa de denegación obligatoria. La razón de ello es bien conocida, toda vez que nuestra Constitución prohíbe los indultos generales [art. 62.i) CE], por lo que únicamente se ha acogido en este punto esta vertiente menor del derecho de gracia.

No obstante se han esgrimido objeciones a la inclusión del indulto en la forma señalada, ya que ni la palabra amnistía ni su equivalente literal en el texto inglés (*amnesty*) o en las restantes versiones autorizadas de la Decisión marco apuntan hacia una interpretación extensiva que permitiera comprender en ella el

(112) Veintiuno según el art. 4.º de la Ley Orgánica 5/2000, en relación con el art. 69 del CP, si bien la entrada en vigor de dicho precepto ha venido siendo sucesivamente pospuesta, debiéndose el último aplazamiento a la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, cuya Disposición transitoria única suspende la aplicación de la norma citada hasta el 1 de enero de 2007.

indulto ⁽¹¹³⁾. En cualquier caso el rechazo es más aparente que real puesto que el indulto podría considerarse comprendido en el apartado a) del art. 12.1 ya examinado, que permite la denegación cuando la sanción “ya no pueda ejecutarse en virtud del derecho del Estado de condena”; si bien el precepto se dirige fundamentalmente a terceros países miembros de la Unión Europea, no excluye el supuesto de que el Estado sentenciador sea a la vez el Estado de ejecución (tengamos en cuenta que el indulto español requiere que la condena se haya dictado precisamente en España); más aún, sería absurdo atender a lo actuado en el extranjero y no hacerlo con lo que ocurre en el propio Estado de ejecución ⁽¹¹⁴⁾.

A los supuestos señalados pueden añadirse otros dos que si bien no aparecen recogidos expresamente entre los que dan lugar a la denegación obligatoria, en la práctica producen efectos similares.

Se trata, en primer lugar, de la hipótesis en que la persona reclamada goce de *inmunidad o de algún privilegio* en España, regulada en el art. 29 de la LOEDE, en sus tres primeros apartados siguiendo las líneas trazadas por el art. 20 de la DM, pues el efecto inmediato de tal situación es la suspensión de la orden europea ya que mientras ese estado persista, la denegación deviene obligatoria, y sólo cuando desaparezca el privilegio o inmunidad será objeto de entrega. A tal fin se establecen una serie de previsiones que ya adelantamos ⁽¹¹⁵⁾ destinadas a que las distintas autoridades judiciales de los Estados miembros realicen las actuaciones oportunas para conseguir el alzamiento del privilegio, garantizándose mientras tanto mediante la adopción de medidas cautelares la efectividad de la futura y eventual entrega. De este modo, cuando la retirada del privilegio o inmunidad compete a una autoridad española, la autoridad judicial de ejecución le debe formular la solicitud sin demora alguna ⁽¹¹⁶⁾. Si en cambio compete a una autoridad de otro Estado o a una organización internacional ⁽¹¹⁷⁾, corresponderá hacer la solicitud a la autoridad judicial emisora.

⁽¹¹³⁾ La crítica es de MANZANARES SAMANIEGO (“El anteproyecto...”, op. cit., p. 6).

⁽¹¹⁴⁾ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., op. et. locs. cit. refiriéndose al primitivo núm. 11.2 del Anteproyecto.

⁽¹¹⁵⁾ Vid. Apartado 6.3.

⁽¹¹⁶⁾ V.gr. la de Diputados y Senadores, conforme al art. 71.2 de la CE, que exigirá previamente su supresión por las Cámaras previa petición del órgano judicial competente a través del cauce del suplicatorio.

⁽¹¹⁷⁾ V.gr. inmunidades de que gozan autoridades diplomáticas y consulares; inmunidad de los jueces y abogados generales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que sólo puede ser levantada por el Pleno del TJCE; diversos supuestos de inmunidades y privilegios recogidos en el Protocolo sobre privilegios e inmunidades de las Comunidades europeas, anexo al Tratado de fusión de los ejecutivos de 8 de abril de 1965.

En segundo lugar también debe citarse el supuesto de *conurrencia de obligaciones internacionales* que la Decisión Marco sitúa en un artículo aparte (art. 21) y limita al caso de reclamación de persona que ha sido extraditada a España desde un tercer Estado no perteneciente a la Unión Europea mientras que la LOEDE ubica en dos preceptos (art. 27 y 29.4) recogiendo no sólo la hipótesis de extradición por Estado no miembro de la Unión Europea (art. 29.4) sino también integrante de ella (art. 27). En los referidos casos, si la persona reclamada y previamente extraditada a nuestro país estuviera amparada por el principio de especialidad, habrá de denegarse inicialmente la entrega, sin perjuicio de realizar las actuaciones oportunas con las autoridades del Estado que extraditó a la persona reclamada para que quede sin efecto el principio de especialidad.

— *Causas de denegación facultativa.* En el número 2 del art. 12 se recogen nueve causas cuya concurrencia permitirá a la Sala facultativamente denegar la ejecución de la orden.

- S En el apartado a) se alude al supuesto de inexistencia de doble incriminación, aunque en materia fiscal, aduanera y monetaria se exceptúa expresamente la posibilidad de denegación por el motivo de falta de identidad entre la legislación del Estado requirente y el español a la hora de imponer el mismo tipo de tasas o de impuestos o no contener igual reglamentación, saliendo así al paso de la posible falta de armonización en materia económica y fiscal.
- S En el apartado b) se recoge un supuesto de litispendencia: estar el reclamado sometido a un procedimiento penal en España por el mismo hecho que haya motivado la orden europea.
- S El apartado c) incluye el sobreseimiento libre del reclamado en España por los mismos hechos, lo que puede suscitar alguna duda habida cuenta de que dicho motivo no aparece mencionado expresamente y de modo separado en la Decisión Marco, y es obvio que al legislador español le está vedado introducir de manera unilateral un motivo de denegación de la ejecución de la orden, ni siquiera aunque el mismo no sea de los que conducen a la denegación preceptiva sino facultativa. El problema puede resolverse entendiendo que el sobreseimiento estaría comprendido dentro del art. 4.3 de la DM cuando se refiere al supuesto en que el Estado de ejecución hubiera decidido *concluir la acción penal* (sic) por la infracción que es objeto de la orden ⁽¹¹⁸⁾.

⁽¹¹⁸⁾ La solución la da MANZANARES SAMANIEGO, a propósito del inicial Anteproyecto de Ley (“El anteproyecto de ley sobre la orden europea...”, op. cit., p. 7).

- S En los apartados d) y e) se recogen dos supuestos que responden a la vigencia del principio *ne bis in idem*. El primero de ellos, referente al caso en que el afectado haya sido ya enjuiciado por los mismos hechos en otro Estado miembro, resulta similar a la causa de denegación obligatoria del art. 12.1.a), si bien aquí no se contiene mención alguna a la necesidad de que la sentencia haya sido de condena y demás condiciones relativas a su ejecución. Esto hace que deban reconducirse a este supuesto los casos de sentencias ya absolutorias, ya condenatorias pero meramente definitivas pendientes de recurso ya que las de condena firmes encajarían dentro del de denegación obligatoria ya señalado. El segundo supuesto que comentamos, el del apartado e) del art. 12.2, sería el equivalente al recogido en el ya citado apartado a) del art. 12.1 (cosa juzgada) pero con la variante de que el enjuiciamiento se ha llevado a cabo en un tercer Estado no miembro de la Unión Europea, exigiéndose, eso sí, las consabidas condiciones referentes a su ejecución (haberse llevado ya a cabo, estar llevándose ya a cabo, o no poder ejecutarse ya en virtud del derecho del Estado de condena).
- S El apartado f) recoge una causa habitual de denegación en el derecho extradicional: la nacionalidad (española, en este caso) aunque sólo para la hipótesis de que la orden se hubiera dictado a efectos de ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad, caso en que la pena deberá cumplirse en España (comprometiéndose en tal sentido la autoridad judicial española) y excepción hecha de que el reclamado consienta cumplir la misma en el Estado de emisión. A diferencia de su equivalente en la Decisión Marco (art. 4.6) que extiende esta hipótesis a los residentes en el Estado miembro de ejecución, la LOEDE discutiblemente lo restringe a los nacionales, por lo que la transposición en este punto no ha sido la acertada haciendo caso omiso del principio de reinserción que debe presidir esta materia y conforme al cual se entiende que toda persona tendrá mayores posibilidades de reinserción en el lugar donde reside o en el que habita.
- S Los apartados g) y h) se refieren a dos supuestos relacionados con la territorialidad de la ley penal. De este modo se podrá denegar la ejecución cuando la euroorden se refiera a delitos que el ordenamiento español considere cometidos en España ⁽¹¹⁹⁾ [apartado g) en relación con el

(119) Causa de denegación que tiene su equivalente en el art. 4.7.a) DM y cuya inclusión fue criticada por la Comisión al poder, por ejemplo, permitir a un Estado miembro no perseguir conductas cuyas consecuencias perjudiciales se produzcan no en su territorio, sino en el de otros Estados miembros. Como advierte FONSECA MORILLO (“La orden de detención...”, cit., pp. 77 y 82) es necesario tener en cuenta que la territorialidad

art. 23.1 LOPJ que recoge el principio de territorialidad de la ley penal] o que habiéndose cometido fuera del territorio del Estado de emisión el ordenamiento penal español no permitiera para un supuesto análogo (es decir, si se hubieran cometido fuera de España) su persecución [apartado h) en relación con el art. 23.2.4 LOPJ que recoge los supuestos de extraterritorialidad de la ley penal].

- S Por último el apartado i) menciona la prescripción del delito o de la pena con arreglo a la legislación española, siempre que respecto de los hechos que motivan la orden europea hubieran sido competentes para su persecución los tribunales españoles. Tal previsión conduce a los arts. 131 a 134 del CP donde se regulan los plazos y cómputo de los mismos en relación con estas dos causas de extinción de la responsabilidad criminal señaladas en los apartados 5.º y 6.º del art. 130 del Cp.

Como adelantamos, la LOEDE, al margen de las mínimas excepciones apuntadas, ha seguido casi al dictado el texto de la Decisión marco en lo relativo a la regulación de las causas de denegación. A este respecto se ha echado en falta por algún autor la conveniencia de haber añadido una causa más a cuyo tenor también se podría denegar la orden europea cuando se incumplieran las previsiones sobre su ámbito de aplicación contenidas en el art. 2 de la DM y 5 de la LOEDE⁽¹²⁰⁾.

Y tampoco se ha aprovechado la puerta que deja abierta el art. 1.3 de la Decisión marco en relación con los *considerandos* 12 y 13 de su Preámbulo para, a su amparo, introducir una causa adicional que permita denegar la entrega en atención a la inobservancia del debido respeto a los derechos humanos en el Estado de emisión, probablemente en la consideración de que en un espacio de libertad y justicia como es la Unión Europea, tales derechos están debidamente garantizados en la totalidad de los Estados miembros, al compartir todos ellos una concepción exigente de los derechos fundamentales y teniendo en cuenta que todo el texto de la Decisión marco está a reserva de las disposiciones

de los hechos permite rechazar la ejecución de una euroorden, pero no la asistencia mutua, por lo que el Estado miembro de emisión podrá seguir sus investigaciones. Y aunque el texto nada dice sobre este tema, es deseable que la existencia de una orden europea dictada por otro Estado miembro lleve al Estado de ejecución a reconsiderar su decisión de no enjuiciar a la luz, en particular, de posibles nuevos elementos de prueba que aporten las indagaciones que dieron lugar a la emisión de la orden europea de detención.

(120) Así, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El Anteproyecto...”, op. cit., p. 9. En nuestra opinión, tal causa de denegación se encuentra implícita en el texto de la ley y, de haberse deducido del inicial examen de la solicitud llevada a cabo por el Juez, conducirá directamente al rechazo de la misma, sin que proceda la detención del reclamado y la realización de las actuaciones subsiguientes.

del art. 6 del Tratado de la Unión Europea que incorpora las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁽¹²¹⁾.

B) Condiciones para la entrega

El art. 11 de la LOEDE, trasladando de modo incompleto, según veremos, la disposición del art. 5 DM, establece algunos supuestos frente a los que la Sala podría condicionar la entrega de la persona reclamada al hecho de que el Estado de emisión cumpla con una serie de condiciones. Los casos son los siguientes:

- S Infracción castigada con una pena o medida de seguridad privativas de libertad a perpetuidad. En tales casos, según dispone el art. 11.1 LOEDE, la entrega se podrá condicionar a que el Estado miembro de emisión tenga dispuesto en su ordenamiento una revisión de la pena impuesta o la aplicación de medidas de clemencia a las cuales pueda acogerse el reclamado con vistas a la no ejecución de la pena o medida. Se trata de una solución acorde con las líneas seguidas por nuestro Tribunal Constitucional en la materia y plasmadas en la sentencia 91/2000. Se aparta de la Decisión marco en un punto puesto que la LOEDE no precisa, como sí en cambio hace la Decisión marco (art. 5.2) que un perjuicio de su apertura a instancia de parte, tal revisión deberá abrirse, en todo caso, cuando hayan transcurrido al menos veinte años.
- S Nacionalidad española de la persona reclamada a efectos de entablar acciones penales. En tal hipótesis se podrá supeditar la entrega, tras oír al reclamado, a la condición de que sea devuelto a España para cumplir con la pena o la medida de seguridad privativas de libertad que eventualmente se dictaren en el Estado de emisión. Nuevamente la LOEDE (art. 11.2) restringe inexplicablemente los términos más generosos de la Decisión Marco (art. 5.3) que la extiende a los casos de residencia o

(121) El art. 1.3 señala que la presente DM no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el art. 6 del Tratado de la Unión Europea. Por su parte los Considerandos citados indican que “nada de lo dispuesto en la presente DM podrá interpretarse en el sentido de que impide la entrega de una persona cuando existan razones objetivas para suponer que dicha orden de detención europea ha sido dictada con fines de persecución o sanción a una persona por razón de sexo, raza, religión, origen étnico, nacionalidad, lengua, opiniones políticas u orientación sexual o que la situación de la persona pueda quedar perjudicada por cualquiera de estas razones. La presente DM no impedirá a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales relativas al respeto del derecho a un proceso equitativo, la libertad de asociación, libertad de prensa y libertad de expresión en los demás medios” y “nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”.

al simple hecho de habitar en España la persona reclamada, de manera acorde con el principio de reinserción.

- S Sentencia dictada en rebeldía en el país de emisión. Supuesto previsto en el art. 5.1 de la Decisión Marco y omitido de manera inexplicable en el 11 de la LOEDE. Según las previsiones de la Decisión Marco, a las que renuncia el legislador español⁽¹²²⁾, en tales casos y de haberse dictado la resolución en ausencia y sin el debido respeto de su derecho de defensa al no constar su citación personal o la comunicación de la fecha del juicio, la entrega podría supeditarse a la condición de que la autoridad emisora dé garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona reclamada que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que asegure su derecho de defensa en el Estado miembro emisor y esté presente en la vista. En cualquier caso y *a contrario sensu* se deduce que la sentencia en rebeldía en principio es válida si el acusado ha sido citado personalmente o informado de cualquier otra manera de la fecha y lugar de la audiencia, introduciendo así un elemento armonizador que, a juicio de DE MIGUEL ZARAGOZA, debe ser tenido en cuenta en las normas internas⁽¹²³⁾.

C) Medidas cautelares

En esta misma audiencia se debatirá sobre la procedencia o no de adoptar medidas cautelares contra el detenido, destacando en este aspecto la oficialidad del Juez Central en orden a su adopción pues si bien es necesario que se acuerden oído el Ministerio Fiscal, no es menester que preceda petición de parte para ello, a diferencia de lo que sucede con el régimen actualmente vigente en orden a la prisión provisional justificado en un mal entendimiento de las exigencias del principio acusatorio⁽¹²⁴⁾. Se acuerdan, desde luego, con contradicción, de modo similar por tanto al procedimiento para adoptar en nuestro derecho interno las más graves medidas cautelares (audiencia del 504 bis 2 LECrim. exigible tanto para la prisión provisional incondicional como para la prisión eludible mediante fianza) pero sin que sea necesaria, aunque pueda ser habitual, petición del Fiscal.

(122) Renuncia inexplicable a juicio de MANZANARES SAMANIEGO (op. cit., p. 9), quien considera que la posición española ha pecado de radicalidad y de una cierta fijación respecto a los problemas habidos con Italia.

(123) DE MIGUEL ZARAGOZA, J., "Algunas consideraciones...", op. cit., p. 9.

(124) Vid. en este sentido ARMENTA DEU, T., "Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no)", en *Revista de Derecho Procesal*, 1996, 2, pp. 265 y 266.

Del tenor del art. 17.1 se desprende la necesidad en todo caso de adoptar una de las dos siguientes medidas cautelares en función de la gravedad de los hechos y circunstancias concurrentes: prisión provisional o libertad provisional. Ello sin perjuicio de que además puedan adoptarse cualesquiera otras que el Juez considere necesarias para asegurar la plena disponibilidad de los afectados, y de modo especial las previstas a tal efecto en la LECrim, atendiendo a las circunstancias del caso y a la finalidad de asegurar la ejecución de la euroorden. Esto hace que se puedan disponer otras que no están hoy reguladas en la LECrim pero sí en otras leyes como por ejemplo la vigilancia a domicilio, la orden de no ausentarse de un lugar determinado sin autorización del Juez o la retirada del pasaporte, previstas todas ellas en la Ley de Extradición Pasiva de 1983 y, al menos la última de las enumeradas, de aplicación más que conveniente en tales casos ⁽¹²⁵⁾.

La LOEDE aparentemente presta una especial atención a la prisión provisional, puesto que además de mencionarla como alternativa a la libertad provisional, prevé expresamente su modificabilidad en cualquier momento, oído el Ministerio Fiscal pero siempre con sustitución por otra menos gravosa pero igualmente efectiva (17.3); de igual modo y aunque la ley no lo diga, debe caber la situación inversa, de forma que acordada la prisión pueda, posteriormente y en atención a las circunstancias concurrentes, sustituirla por la libertad provisional acompañada o no de fianza.

Es criticable, sin embargo, la excesiva parquedad de la LOEDE en este punto puesto que, como en su momento señaló el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto, atendiendo a la finalidad de la ley y siendo el objeto de la prisión provisional prevista en ella el aseguramiento de la entrega a las autoridades del Estado de emisión de la persona reclamada en un breve período de tiempo, la Ley debería haber establecido de manera expresa y precisa los supuestos en que decretar la prisión provisional, siempre desde la perspectiva de dicha finalidad, evitando así que la aplicación supletoria de las normas de la LECrim en materia de prisión provisional pueda hacer fracasar el sistema en ocasiones, frustrando la consecución del objetivo que inspira la ley.

En cualquier caso es evidente que en la valoración del Juez a la hora de tener en cuenta esta medida, concurren las particularidades propias del proceso en el que se adopta. De este modo, y en lo relativo a la valoración del *periculum in mora* (más bien, *periculum libertatis*), el único peligro a valorar es la existen-

(125) Así como no cabe acordarla con carácter general en los procesos penales acompañando a la libertad provisional, al no estar prevista actualmente en la LECrim (vid. STC 169/2001, de 16 de julio de 2001) aunque sí se recoge en el Proyecto de ley orgánica de reforma en materia de prisión provisional, en el procedimiento de entrega es plenamente operativa al caber dentro de la previsión del 17.1 de la LOEDE.

cia de riesgo de fuga, riesgo que se materializará no sólo con arreglo al referente de la huida desde el Estado de emisión al de ejecución con el fin de eludir la acción de la justicia sino además con respecto al peligro adicional de que se incremente este *periculum* por virtud de una eventual huida a otro tercer Estado, exigiéndose por ello que la autoridad judicial de ejecución española acuerde precisamente la más grave de las medidas cautelares de las ofrecidas por el ordenamiento jurídico para tratar de conjurar este peligro. En este sentido podríamos decir que la valoración del presupuesto del *periculum* exigible al Juez debe hacerse no tanto o no sólo con respecto al fin mediato (permitir el enjuiciamiento o el cumplimiento de la pena), el cual es fácilmente constatable si su presencia en el Estado de ejecución obedece a haber buscado en él refugio tratando de eludir la acción de la justicia de su país. Tal valoración debe hacerse además y especialmente en atención al *periculum* inmediato que se trata de conjurar: no poder ejecutar la orden de entrega al ponerse el reclamado fuera del alcance del Juez de ejecución.

Por otra parte, y en lo relativo al *fumus boni iuris* (o, más bien, *fumus commissi delicti*) que viene dado por la existencia de un hecho que revista los caracteres de delito y la concurrencia de motivos bastantes para creer responsable del mismo al sujeto respecto del cual se acuerda el aseguramiento, las particularidades se acrecientan puesto que como el Tribunal Constitucional ha señalado a propósito de la extradición pasiva (cuyas palabras y conclusiones consideramos plenamente trasladables al procedimiento de entrega), “en él no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado, ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado”⁽¹²⁶⁾. Por ello en este punto el Juez no debe llevar a cabo su valoración en el tradicional modo que conocemos, sino que ha de hacerlo partiendo de la información y documentación recibida de la autoridad judicial requirente para apreciar si efectivamente se afirma que se ha cometido un hecho delictivo imputable al reclamado de los que dan lugar al procedimiento de entrega, cumpliéndose los mínimos punitivos exigibles⁽¹²⁷⁾.

Por último y en relación con esta medida cautelar hay que indicar que se prevé expresamente la recurribilidad en apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional del auto que la acuerde; como la ley no dice nada más, su

(126) STC 156/2002, de 23 de julio, con cita de las precedentes SSTC 102/1997, de 20 de mayo; 222/1997, de 4 de diciembre; 5/1998, de 12 de enero, y 141/1998, de 29 de junio, y ÁATC 307/1986, de 9 de abril; 263/1989, de 22 de mayo, y 277/1997, de 16 de julio.

(127) En este sentido, aunque con referencia al procedimiento de extradición, BELLIDO PENADES, R., *La extradición...*, op. cit., p. 222.

tramitación deberá seguir las normas del proceso ordinario por delitos graves (arts. 222 y siguientes de la LECrim) ⁽¹²⁸⁾ en tanto ley común, si bien tal situación puede que se mantenga por poco tiempo ya que en el Proyecto de reforma de la LECrim en materia de prisión provisional, con la finalidad de simplificar y acelerar la tramitación de los recursos en este ámbito, se generaliza la sustanciación por los cauces del art. 766, propios del proceso penal abreviado ⁽¹²⁹⁾.

6. Decisión

A) Supuestos

El art. 18 de la LOEDE parece distinguir dos fundamentales hipótesis a la hora de regular la decisión.

De una parte, que medie consentimiento del afectado y el Ministerio Fiscal no advierta la concurrencia de causas de denegación o condicionamiento. En tal caso será el propio Juez Central de Instrucción quien por auto acuerde la entrega. Dicho auto, que deberá ser dictado en el plazo máximo de diez días a partir de la celebración de la audiencia, es irrecurrible (art. 18.1 LOEDE).

Por otra parte y en los demás supuestos la decisión no corresponde al Juez, sino que elevará las actuaciones a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que deberá decidir mediante auto (igualmente irrecurrible) en el plazo de sesenta días tras su detención.

La expresión empleada por el legislador (“en los demás supuestos”) debe englobar tanto el caso de consentimiento del afectado pero con advertencia por el Ministerio Fiscal de causas de denegación o condicionamiento, como el de ausencia de consentimiento (arts. 18.2 y 19 LOEDE).

Más dudoso es si también debe abarcar la hipótesis en que sea el propio Juez y no el Fiscal quien advierta la concurrencia de las causas antedichas; la ley no da solución a esta hipótesis y no resulta claro si en tales casos podrá el Juez directamente denegar la entrega o bien deberá remitir las actuaciones a la Audiencia con expresa mención del óbice advertido. La primera solución encontraría su apoyo en el primer apartado del art. 18, puesto que al decir que en

⁽¹²⁸⁾ Que exige reforma previa, aunque cabe que uno y otro recurso se interpongan conjuntamente en un mismo escrito deduciéndose el de apelación con carácter subsidiario. Recordemos que el plazo para recurrir en reforma es de 3 días y para la apelación de 5.

⁽¹²⁹⁾ Tal novedosa solución es acogida igualmente por el Proyecto de ley de cooperación con la Corte Penal Internacional que con buen criterio regula expresamente esta cuestión y remite directamente a las normas del abreviado, contenidas en el 766 de la LECrim.

los casos de consentimiento del reclamado e inadvertencia por el Fiscal de causas impeditivas o condicionantes el Juez *podrá acordar* su entrega, implícitamente parecería admitir que también podría denegarla si a su juicio tales causas concurren. Pero inmediatamente encuentra el obstáculo ya señalado de los amplios términos en que se pronuncia el segundo apartado del citado artículo, que con carácter general determina que *en los demás supuestos* el Juez Central de Instrucción ha de elevar las actuaciones a la Sala, y que englobaría en consecuencia esta hipótesis no prevista por la ley así como aquélla que apuntamos en otro momento referida a la falta de espontaneidad y libertad en el consentimiento a juicio del Juez Central de Instrucción.

Al margen de este problema, la regulación expuesta sorprende, negativamente, desde varios aspectos: dualidad de órganos llamados a decidir, plazo para hacerlo e inexistencia de recurso contra el auto resolutorio.

B) Dualidad de órganos decisorios

En primer término, la misma disociación de la decisión entre dos órganos diversos no parece del todo acertada. Que la resolución se encomiende a un órgano colegiado, en vez de a uno unipersonal, en función de la mayor complejidad del caso únicamente puede justificarse para tratar de separar las funciones instructorias de las decisorias y desaprovecha a la par que infravalora la capacidad que ofrecen los Juzgados Centrales de Instrucción.

Pero la aludida separación tampoco se produce de manera plena; y no sólo porque en ocasiones el propio Juez decide acordando la entrega aunque tan sólo en los casos de consentimiento del reclamado ⁽¹³⁰⁾, sino por que cuando decide la Audiencia lo hace sin intermediación alguna, a la vista de las actuaciones practicadas ante el Juzgado Central y remitidas por éste. Obsérvese cómo no está prevista comparecencia alguna ante la Audiencia, realizándose por tanto las alegaciones y practicándose las pruebas ante un órgano que posteriormente no va a ser quien decida. Con ello se pervierte, además, una de las exigencias de la Decisión marco que en su art. 14 declara el derecho del reclamado que no consiente la entrega a ser escuchado *por la autoridad judicial de ejecución*, y si bien es cierto que de conformidad con la LOEDE los Juzgados Centrales de Instrucción son autoridades de ejecución, en realidad la exigencia debería proyectarse sobre la autoridad judicial que adopta la decisión. Más lógico y acertado hubiera sido atribuir a ambos órganos funciones diversas: a uno el conocimiento en primera instancia y al otro en apelación; de tal modo que serían los

(130) Lo que, salvando las distancias, equivaldría en cierto modo a las funciones que los Juzgados de instrucción asumen a la hora de dictar sentencias de conformidad en los juicios rápidos por delito al amparo del art. 801 LECrim.

Juzgados en todo caso quienes decidieran inicialmente por auto, pero admitiendo la posibilidad de recurrirlo en apelación ante la Sala.

En definitiva, la solución seguida por el legislador, además de poco práctica, entraña graves inconvenientes desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, puesto que al margen de la criticable falta de intermediación señalada lleva añadida, como a continuación veremos, la imposibilidad de articular recurso frente a la decisión.

C) Plazos

Tampoco los plazos aparecen bien regulados por diversos motivos.

En primer lugar, no se comprende bien por qué cuando decide el Juzgado Central de Instrucción el plazo se computa desde la celebración de la audiencia y no se toma en cambio este momento como *dies a quo* cuando debe decidir la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sino el de la detención (cfr. arts. 18.1 y 18.2 en relación con 19.3 LOEDE).

Por otra parte, y en cuanto a la posibilidad de prórroga de los referidos plazos, aspecto éste que regula el art. 19, puede observarse cómo en él, tras fijar en sus apartados 2 y 3 los ordinarios del Juez y de la Sala para decidir, permite a continuación la prórroga de los *plazos señalados* (expresión que engloba claramente ambos supuestos) por otros treinta días. Esto, si bien tiene sentido tratándose de la decisión de la Sala, y aparece debidamente proporcionada la prórroga con el plazo mismo en cuanto viene a ser exactamente la mitad de éste, no lo tiene, en nuestra opinión, cuando de la decisión del Juez se trata. Y no tanto (aunque también) porque los supuestos en que éste decide son de relativa sencillez (consentimiento del afectado o ausencia de éste pero inexistencia de causas de denegación o condicionamiento) sino porque no guarda relación alguna el plazo de decisión mismo (diez días) con su hipotética prórroga (nada más y nada menos que treinta días). Lo acertado hubiera sido, en su caso, fijar un plazo menor que podría ser la mitad del inicial, esto es, cinco días, o, como máximo, una prórroga por igual plazo (diez días por tanto).

Aunque las razones indicadas abogan por entender que la prórroga parece estar pensada tan sólo para los supuestos de decisión de la Sala, la falta de precisión sobre el particular daría una discutible cabida a los supuestos en que la decisión corresponde al Juzgado Central de Instrucción.

En todo caso en los supuestos de prórroga ha de comunicarse a la autoridad judicial de emisión tal circunstancia y sus motivos, manteniendo entretanto las condiciones necesarias para la entrega, según determina el art. 19.4, lo que supone, desde luego, el mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas y necesarias para asegurar la entrega, aunque pueden surgir problemas si, por ejemplo, hubieran vencido los plazos máximos de duración de la prisión provisional, en cuyo caso, conforme a la regulación procesal penal española vigente,

habría que proceder a la excarcelación, sustituyendo esa medida por la libertad provisional con adopción de alguna medida adicional como la retirada del pasaporte.

Si, pese a la existencia de prórroga, tampoco dentro del plazo prorrogado se pudiera decidir por causas excepcionales, la autoridad judicial de ejecución española informará a Eurojust precisando los motivos de la demora (art. 19.5 LOEDE) mientras que, por su parte, el Estado miembro de emisión informará al Consejo de la demora sufrida si esta fuera repetida, como permite el art. 17.7 de la DM.

D) Impugnación del auto

Pero el problema más grave que plantea la regulación que examinamos es el aspecto relativo a la impugnación del auto o, más exactamente, a su imposibilidad de ser recurrido. Tanto si procede del Juzgado Central de Instrucción como si lo hace de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional e independientemente de cuál sea su sentido (estimación o denegación de la entrega), se declara expresamente la irrecurribilidad del auto por el art. 18.

Resulta clara, por tanto, la exclusión de los medios de impugnación ordinarios (apelación) y extraordinarios (casación) contra la decisión de fondo, lo que no significa, desde luego, que no la consideremos discutible por más que con ello se haya tratado de evidenciar, de nuevo, las diferencias que median entre extradición (donde sí se articula vía de recurso) y orden de entrega y acentuar el carácter singular de este instrumento acorde con lo que representa la Unión Europea.

Probablemente el legislador se haya escudado, a la hora de no prever recurso alguno, en el hecho indiscutible de que el procedimiento de entrega no es un proceso penal, algo que con respecto a la extradición viene afirmándose sin fisuras desde el Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 26 de junio de 1989, y que comparte también el Tribunal Constitucional⁽¹³¹⁾. Si esto es así, y teniendo en cuenta que el derecho al recurso no constituye una garantía constitucional salvo en el proceso penal, se comprende la conclusión obtenida y el camino seguido por el legislador al redactar la LOEDE.

(131) STC 156/2002, de 23 de julio, con cita de las precedentes SSTC 102/1997, de 20 de mayo; 222/1997, de 4 de diciembre; 5/1998, de 12 de enero, y 141/1998, de 29 de junio, y AATC 307/1986, de 9 de abril; 263/1989, de 22 de mayo; 277/1997, de 16 de julio, y 113/2000.

A nuestro juicio, la conclusión a la que se llega es más que discutible y, con MANZANARES SAMANIEGO ⁽¹³²⁾, hubiéramos considerado más correcta la articulación de una vía de recurso que pudiera ser la apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia si la decisión proviniera del Juzgado Central de Instrucción o bien, y de haber decidido una Sección de la Sala, súplica ante el Pleno de la Sala, a semejanza de lo que sucede en el art. 15.2 de la Ley de Extradición Pasiva.

Ahora bien, la tan clara como censurable improcedencia de los medios de impugnación señalados no excluye en cambio el amparo ante el Tribunal Constitucional, dado que su naturaleza no es la de un recurso, pese a su nombre, sino la de un proceso autónomo de contenido constitucional ante la violación de un derecho fundamental y dirigida a su reparación; resulta innegable que la persona incurso en un procedimiento de entrega también es titular del derecho a la tutela judicial efectiva y, en particular, del derecho a obtener una resolución judicial motivada y fundada en derecho, lo que supone que debe poder ser recurrida en amparo toda resolución judicial que a la hora de decidir sobre los requisitos condicionantes de la entrega sea irrazonable, arbitraria o manifiestamente infundada.

Cuanto decimos encuentra apoyo, además, en pronunciamientos precedentes del Tribunal Constitucional en materia de extradición, cuya proximidad con el instituto que analizamos no puede ser desconocida. A este respecto, y como ya comentamos, la entrega sin doble tipificación permitiría que el afectado pudiera *recurrir* en amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la violación del principio de legalidad penal englobable en el art. 24 de la Constitución española ⁽¹³³⁾. Igualmente el Constitucional se ha pronunciado con toda claridad acerca de que la infracción de los derechos fundamentales en el país reclamante puede producir efectos en el Derecho español para evitar que por la aceptación acrítica de las resoluciones *extranjeras* se produzca ya en el ámbito de nuestra soberanía una nueva lesión de aquel derecho fundamental, posición ésta que ha sido reiterada, por ejemplo, en relación con las extradiciones que, solicitadas por Italia, plantearon problemas por responder a condenas en rebeldía aprecián-

(132) MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "El Anteproyecto...", op. cit., pp. 11 y 12.

(133) Vid. STC 11/1983, de 21 de febrero. Aunque en posteriores sentencias se ha matizado este planteamiento considerando que, con carácter general, el enjuiciamiento del cumplimiento del requisito de la doble incriminación es una cuestión de legalidad ordinaria no revisable en amparo ante el TC, no obstante resulta controlable excepcionalmente cuando la resolución judicial impugnada sea irrazonable, arbitraria o manifiestamente infundada.

dose vulneración del derecho de defensa (vid., por ejemplo, SSTC 91/2000, 125/2000, 162/2000 y 163/2000).

Por otra parte la propia Decisión Marco en su duodécimo considerando expresamente reconoce que la misma “no impedirá a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales relativas al respeto del derecho a un proceso equitativo”, lo que implícitamente daría cabida a la posibilidad que señalamos.

En definitiva, parece más que probable que al amparo de una vulneración de las exigencias del art. 24 de la Constitución española se canalicen demandas de amparo ante el Tribunal Constitucional español para hacer frente a las más variadas cuestiones, muchas de las cuales, de haberse contado con la existencia de un recurso efectivo contra la resolución, probablemente se hubieran hecho valer por éste sin desembocar en el amparo. La pretendida agilidad que con la supresión de la vía de recurso ante los Tribunales ordinarios se obtendría dista mucho de hacerse realidad, al ser previsible un uso habitual del amparo para deducir pretensiones que hubieran podido atenderse con el establecimiento de un recurso ordinario.

Como advierte MANZANARES, el uso por el Tribunal Constitucional de la facultad de suspensión de la resolución impugnada, tal y como prevé el art. 65 de su Ley Orgánica, tendría graves consecuencias para el procedimiento de ejecución y entrega, bien entendido que en todo caso la concesión del amparo a la persona ya entregada sería el origen de nuevas dificultades con repercusiones internacionales y en último término con la responsabilidad patrimonial del Estado que regula la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁽¹³⁴⁾.

E) Decisión en caso de concurrencia de solicitudes

Tanto la Decisión marco (art. 16) como la LOEDE (art. 23) se ocupan del fenómeno de la concurrencia de solicitudes, dando un tratamiento diferenciado en función de que éstas sean órdenes europeas, o bien una de ellas sea una solicitud de extradición.

En caso de que la *concurrencia* se produzca *entre dos o más euroórdenes* provenientes de más de un Estado miembro en relación con la misma persona decide la autoridad judicial de ejecución española, sin que se precise no obstante cuál será ésta, si el Juzgado Central de Instrucción o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

(134) MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El anteproyecto de ley...”, op. cit., pp. 3, 4 y 12.

Las razones se inclinan por la Audiencia dado el tenor literal del art. 18 que, como vimos, establece la obligación de elevar las actuaciones a este órgano en todo caso diverso del de consentimiento del reclamado e inadvertencia de causas condicionantes o de denegación. Y aunque la ley no lo exija con claridad, lo cierto es que parece expresar su preferencia en otorgar facultades decisorias a la Sala para cualquier supuesto medianamente problemático. En cualquier caso, y de no llegarse a esta conclusión, hemos de tener presente que únicamente podría decidir el Juzgado Central de Instrucción en las hipótesis de concurrencia de solicitudes si previamente el reclamado hubiera otorgado su consentimiento (se supone que a las dos) y el Fiscal no hubiere advertido las consabidas causas impeditivas o condicionantes.

Para tomar la decisión se tendrán en cuenta en particular las circunstancias relativas al lugar y gravedad relativa de los delitos, las respectivas fechas de los órdenes, así como el hecho de que la orden se haya dictado a efectos de la persecución penal o a efectos de la ejecución de una pena o medida de seguridad, pudiéndose solicitar el dictamen de Eurojust con vistas a la elección mencionada.

En el caso de que la *concurrencia* se produzca *entre una euroorden y una solicitud de extradición de un tercer país*, se residencia la competencia como ya adelantamos y de forma discutible en la Autoridad central y en el Consejo de Ministros ⁽¹³⁵⁾, debiendo la judicial suspender el procedimiento y remitirle toda la documentación. La propuesta de decisión sobre la preferencia se elevará por el Ministro de Justicia al Consejo de Ministros, rigiéndose este trámite por lo dispuesto en la Ley de Extradición Pasiva de 21 de marzo de 1985 ⁽¹³⁶⁾. La decisión que se adopte al respecto deberá tomar en cuenta además de todas las circunstancias anteriormente indicadas para el caso de concurrencia de euroórdenes (gravedad del delito, fechas de las solicitudes, etc.), las previstas en el art. 17 del Convenio europeo de Extradición de 1957, si el tercer Estado es signata-

(135) Vid. apartado IX.1.B). Probablemente en la solución adoptada por el legislador español haya pesado la problemática que podría plantearse de haberse mantenido la competencia en la autoridad judicial, habida cuenta de que en tal caso la autoridad competente para decidir en cada una de las situaciones no sería la misma: en la lógica de la orden de detención europea es la judicial la única competente en la ejecución, mientras que en la solicitud de extradición es la autoridad política la que decide. Como advierte FONSECA MORILLO ("La orden...", op. cit., p. 84), si en tales casos la autoridad judicial diera una respuesta positiva a una orden de detención europea, sería necesario que la autoridad política suspendiera la ejecución de la decisión judicial si en un caso dado quisiera primar la solicitud de extradición lo que, a la luz de la separación de poderes, constituiría un procedimiento como mínimo curioso.

(136) La remisión no es nada concreta, si bien se supone efectuada al art. 18 en relación con el art. 6.II.

rio del mismo, o las que se mencionen en el tratado de extradición aplicable al caso concreto, si el tercer Estado no es firmante del Convenio. La decisión adoptada se comunicará en todo caso a la autoridad judicial española bien a efectos de que continúe el procedimiento (de darse preferencia a la euroorden), o bien para que a su vez se lo comunique a la autoridad judicial de emisión (en caso de que se haya dado preferencia a la solicitud de extradición).

En relación con estos casos ha de tenerse presente el reciente Acuerdo de Extradición entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, donde se aborda expresamente la cuestión ⁽¹³⁷⁾ disponiendo su art. 10.2 que la autoridad de ejecución decidirá teniendo en cuenta tanto los factores establecidos en el tratado bilateral de extradición con el Estado miembro requerido junto a los que enumera el propio precepto (lugares en que se cometió el delito, intereses respectivos de los Estados requirentes, gravedad de los delitos, nacionalidad de la víctima, posibilidad de una extradición subsiguiente entre los Estados requirentes y orden cronológico de recepción de las solicitudes de los Estados requirentes).

Mención especial ha de hacerse de la hipótesis de *conurrencia* de una *orden europea con una solicitud de entrega de la Corte Penal Internacional*, toda vez que el apartado 4 del art. 23 de la LOEDE contiene la pertinente excepción en relación con las obligaciones derivadas del Estatuto de la Corte. Pues bien, puede verse a este respecto el art. 16 del Proyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional que determina que el Juzgado Central de Instrucción se abstendrá de decidir sobre la entrega elevando ambos procesos a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que resolverá de acuerdo con el Estatuto de la Corte ⁽¹³⁸⁾ y, en su caso, de acuerdo con el Tratado que existiere con el Estado requirente; en defecto de Tratado se dará preferencia a la solicitud de la Corte.

No se ha ocupado la Decisión marco, como tampoco la LOEDE, de dar solución a una posibilidad que inicialmente hubiera podido producirse ante las

(137) Firmado en Washington DC el 25-6-2003 y publicado en el DOUE L 181, de 19 de julio de 2003.

(138) Téngase en cuenta que conforme al art. 13 del Estatuto (su texto aparece publicado en el BOE de 26 de mayo de 2000), la Corte Penal Internacional puede ejercer su competencia “respecto de cualesquiera de los crímenes a que se refiere el art. 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si: a) un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el art. 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; b) el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o c) el Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el art. 15”.

expectativas que se abrieron en su momento con el Consejo Informal de Ministros de Justicia e Interior celebrado en Santiago de Compostela los días 14 y 15 de febrero de 2002 al anunciar los gobiernos de Bélgica, España, Luxemburgo, Portugal y Gran Bretaña su intención de adelantar entre ellos la aplicación de la Decisión marco para finales del primer trimestre de 2003. Nos referimos al supuesto de *conurrencia de una orden de extradición cursada por un Estado miembro y una euroorden de otro*. En realidad esta hipótesis, a la vista de la situación actual en que de los seis tan sólo España ha cumplido de forma anticipada y en la fecha entonces anunciada con la transposición y restantes obligaciones del art. 34 de la DM, no se va a poder producir. Pero de haberse llegado a esta situación, y ante la autoridad judicial española concurren una solicitud de orden europea cursada por alguno de los otros cinco países con los cuales se vendría aplicando la euroorden por haber efectuado la transposición adelantada, y una solicitud de extradición de cualquiera de otros nueve Estados miembros, hubieran debido seguirse los criterios señalados para el caso de que la solicitud de extradición procediera de un tercer Estado, signatario, eso sí, del Convenio europeo de extradición, resolviendo por tanto el Consejo de Ministros a propuesta de la autoridad central.

F) Contenido de la decisión y comunicación a la autoridad judicial de emisión

Adoptada la decisión por la autoridad judicial española que, naturalmente, sea cual fuere su contenido habrá de estar motivada en cuanto resolución judicial que es, habrá de ser comunicada de manera inmediata a la autoridad judicial de emisión como exige el art. 22 de la DM, haciendo constar, en caso de ser positiva, el período de privación de libertad que haya sufrido el reclamado (detención y, eventualmente, prisión preventiva) a fin de que sea deducido de la pena o medida de seguridad que se le imponga (arts. 20.5 LOEDE y 26 DM).

Como observa CASTILLEJO⁽¹³⁹⁾, se trata de una notificación directa entre órganos jurisdiccionales sin la intervención de órgano político alguno, que ya se hallaba de algún modo prevista en el Convenio europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 1959, como también en el marco normativo Schengen y potenciada en el posterior Convenio de 2000 de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea⁽¹⁴⁰⁾.

La LOEDE y la Decisión marco guardan silencio sobre la notificación que además habrá de efectuarse al reclamado. Si bien el Convenio de Asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de

(139) CASTILLEJO MANZANARES, R., *Instrumentos...*, op. cit., p. 160.

(140) DOCE C/197, de 12 de julio de 2000. Convenio aprobado por el Consejo de Ministros español el 22 de marzo de 2002.

2000 admite, según los casos, la notificación por correo o bien por mediación de las autoridades competentes del Estado miembro requerido⁽¹⁴¹⁾, lo cierto es que tales previsiones se establecen para cuando el destinatario se encuentre en territorio de otro Estado miembro. Dado que será excepcional que el reclamado se encuentre en tal situación, puesto que lo normal será estar sometido a alguna medida cautelar que imponga la estancia en territorio nacional (v.gr., libertad provisional con retirada de pasaporte) deberá acudir a las disposiciones procesales patrias que partiendo del genérico deber de notificar a las partes las resoluciones judiciales e instruir a las mismas sobre los recursos procedentes (art. 248.4 LOPJ) imponen la notificación personal o por medio de correo certificado con acuse de recibo (arts. 166 LECrim, 270 y 271 LOPJ).

7. Entrega del reclamado. Formas de llevarla a cabo y plazos

A) Entrega ordinaria o directa

Una lectura conjunta de los arts. 23 de la DM y 20 de la LOEDE determina que la persona reclamada y cuya entrega ha sido efectivamente adoptada en el auto del Juez o Tribunal debe ser entregada lo antes posible en la fecha y lugar acordados por las autoridades implicadas y siempre dentro de los diez días siguientes a la decisión judicial de entrega.

Materialmente será llevada a cabo por agente de la autoridad española a la autoridad designada al efecto por la autoridad judicial de emisión, previa notificación a dicha autoridad de ejecución.

La entrega deberá hacerse acompañada de la de los efectos del delito y piezas de convicción de haber mediado petición de la autoridad judicial emisora o por propia iniciativa de la autoridad judicial de ejecución española, sin perjuicio de los derechos que el Estado español o terceros hubieran adquirido sobre aquellos puesto que en tal caso deberán ser devueltos para su restitución a la conclusión del juicio. Se excepciona la hipótesis en que los bienes estuvieran sujetos a embargo o comiso en España puesto que entonces, y de haber mediado solicitud, se podrá denegar la entrega o acordarla con carácter temporal de ser necesario para el proceso penal pendiente (art. 22.1 LOEDE, del que se infiere con claridad que tal entrega de objetos se prevé prioritariamente para los casos en que en la base de la orden se halle la finalidad de ejercitar acciones penales).

(141) Conforme al art. 5.1 la notificación directa por correo será la regla general, que sólo cede para realizarse por mediación de las autoridades competentes del Estado miembro requerido en los casos previstos en el apartado segundo: domicilio desconocido o incierto; exigencia por el derecho procesal del Estado requirente de una prueba de recepción de la notificación; imposibilidad de entrega del documento por correo; que el Estado miembro requirente tenga razones justificadas para estimar que el envío por correo resultará ineficaz o inadecuado.

Además la autoridad judicial española en el momento de la entrega deberá comunicar a la de emisión el período de privación de libertad que haya sufrido la persona por causa de la tramitación de la orden a efecto de su descuento de la eventual pena o medida de seguridad a imponer (20.5 LOEDE).

Estas previsiones para la entrega directa u ordinaria pueden verse sometidas a una serie de alteraciones o incidencias:

- S Eventual *aplazamiento* por otros diez días *por causa de fuerza mayor* (arts. 20.2 LOEDE y 23.2 DM): en primer lugar y a pesar de haberse notificado la decisión de llevar a cabo la entrega cabe la posibilidad de no realizarse en el plazo fijado si concurren causas ajenas al control de los Estados que lo impiden. En tal caso las autoridades judiciales implicadas se pondrán en contacto inmediatamente para señalar una nueva fecha dentro de un nuevo plazo de diez días desde la inicialmente fijada.
- S Posible *suspensión provisional* de la entrega *por motivos humanitarios graves* (arts. 20.3 LOEDE y 23.3 DM) como el caso paradigmático de la salud de la persona⁽¹⁴²⁾, en cuyo caso la entrega deberá llevarse a cabo en los “diez días siguientes a la nueva fecha que se acuerde cuando dichos motivos dejen de existir”. La redacción es un tanto oscura en cuanto a la concreción del plazo puesto que parece dar a entender que en realidad se estaría fijando una fecha que funcionaría como *dies a quo* y con relación a la cual se establecería el *dies ad quem* (diez días). Tal planteamiento no parece tener mucho sentido y probablemente lo que haya de entenderse es que tan pronto como desaparezcan los motivos, la autoridad judicial de ejecución lo comunicará a la de emisión, fijando de común acuerdo una nueva fecha para la entrega dentro de los diez días siguientes.
- S Posible *puesta en libertad* cuando *transcurridos los plazos máximos* para la entrega *la persona reclamada no haya sido recibida en el Estado de emisión*, lo que sin embargo no constituirá fundamento para la denegación de la ejecución de una posterior orden europea basada en los mismos hechos (arts. 19.4 LOEDE y 23.5 DM). A este respecto apunta CASTILLEJO MANZANARES que dicha puesta en libertad no debiera tener lugar si transcurridos los plazos el traslado hubiera devenido imposible por causas imputables a la situación personal del reclamado o bien existiere otro mandamiento de detención⁽¹⁴³⁾.

⁽¹⁴²⁾ Citado expresamente como ejemplo en el art. 23.4 de la DM (no así en la LOEDE).

⁽¹⁴³⁾ CASTILLEJO MANZANARES, R., *Instrumentos...*, op. cit., pp. 161 y 162.

B) Entrega (traslado) temporal

En los supuestos en que la orden se hubiera emitido para el ejercicio de acciones, cabe la posibilidad, ya analizada en su momento, de que previamente a la decisión sobre la entrega se acuerde el traslado o entrega temporal del reclamado, si así lo hubiera solicitado la autoridad judicial de emisión, a los efectos de que puedan realizarse en el Estado requirente diversas actuaciones con él.

Esta entrega temporal que, de producirse, siempre será acordada por el Juzgado Central de Instrucción, toda vez que como se desprende del art. 16.3 LOEDE es siempre previa a la audiencia preliminar del art. 14, entraña la necesidad de que las autoridades judiciales implicadas se pongan de acuerdo sobre las condiciones y la duración de la misma, y la obligación del reclamado de volver a España para asistir a las vistas orales que le conciernan en el procedimiento de entrega.

C) Entrega suspendida o condicional

Aunque la autoridad española haya resuelto dar cumplimiento a la orden de entrega cabe que esta no se materialice si la persona reclamada tuviera proceso pendiente ante la jurisdicción española por un hecho distinto del que motive la orden europea, pudiéndose suspender la entrega hasta la celebración del juicio o hasta el cumplimiento de la pena impuesta (art. 21.1 LOEDE). En este supuesto la suspensión se acuerda a efectos de que el reclamado pueda ser enjuiciado en España o, si ya estuviese condenado, para que pueda cumplir la pena o medida de seguridad que le hubiera sido impuesta.

No obstante en este mismo caso podrá también la autoridad española a instancia de la autoridad judicial de emisión acordar la entrega temporal del reclamado en las condiciones que formalice por escrito con la autoridad de ejecución y que tendrán carácter vinculante para todas las autoridades del Estado miembro emisor (art. 21.2 LOEDE)

Ante la doble opción que se abre para la autoridad judicial española, ésta debe adoptar la decisión atendiendo a las circunstancias del caso concreto, de tal modo que, por ejemplo, no será conveniente decantarse por la suspensión sino por la entrega temporal cuando pudiera entrar en juego la prescripción del delito en el Estado miembro de emisión⁽¹⁴⁴⁾.

⁽¹⁴⁴⁾ Ejemplo que pone CASTILLEJO MANZANARES, R., *Instrumentos...*, op. cit., p. 162.

X. TRÁNSITO

Tanto la LOEDE como la Decisión marco se ocupan (ambas en el art. 25) de regular la hipótesis de la solicitud de entrega con tránsito, trasladando al instituto de la euroorden, debidamente adoptados, los postulados de la tradicional extradición en tránsito.

Este mecanismo entraña una forma de cooperación por parte de un Estado con otros dos que están tramitando una orden de detención en cuya ejecución se ven obligados a transitar por aquel tercer Estado miembro, bien porque la ruta de traslado así lo exija, bien porque por circunstancias sobrevenidas deban hacer escala en él.

La LOEDE se ocupa en el art. 25 de establecer unas reglas mínimas reguladoras de esta situación, pero partiendo de la hipótesis de que España sea país de tránsito, omitiendo en cambio ocuparse del supuesto inverso, esto es, cuando España sea uno de los dos Estados involucrados en la entrega y su ejecución requiera el tránsito por un tercer Estado. En esta última hipótesis, y ante el silencio de la LOEDE, habrá que acudir al art. 25 de la DM que da las pautas a seguir.

Examinando conjuntamente ambas disposiciones (sendos arts. 25 de la LOEDE y de la DM) punto de partida es sentar la regla general de la obligación que alcanza al Estado miembro ante el que se presenta una solicitud de tránsito de autorizarla formalmente⁽¹⁴⁵⁾, siempre que se expresen una serie de requisitos mínimos: identidad y nacionalidad de la persona reclamada; existencia de una orden de detención europea; carácter y tipificación legal de la infracción y, finalmente, descripción de las circunstancias de la infracción, incluidos la fecha y el lugar.

La información señalada que, en principio, pudiera parecer suficiente, se revela sin embargo escasa si atendemos a los supuestos en que, por excepción, se permite al Estado de tránsito rechazarla o, en su caso, condicionarla, casos que, por cierto, no se mencionan en la ley española sin que se sepa muy bien si la omisión es o no involuntaria. Tales supuestos son cuando se solicita el tránsito de un nacional o residente a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad (denegación) o simplemente para que se inicie el procedimiento penal (condicionada a que sea devuelta al Estado de tránsito para cumplir en él la condena). En consecuencia se echa en falta que las normas señaladas no expresen con claridad la exigencia de que la solicitud

(145) Salvo que se trate de un tránsito aéreo sin escalas y excepción hecha de la hipótesis de aterrizaje forzoso (arts. 25.2 LOEDE y 25.4 DM).

exprese si la orden se ha emitido para el ejercicio de acciones penales o para el cumplimiento de una pena o medida de seguridad privativa de libertad, así como cuál es la residencia de la persona reclamada.

Por otra parte parece conveniente, aunque nada digan las normas examinadas, que a la información señalada se acompañe una copia de la resolución de la autoridad judicial de ejecución en que se acuerde la ejecución de la orden europea y su traducción a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales del Estado de tránsito⁽¹⁴⁶⁾.

Toda esta información y la documentación adjunta deberá remitirse por cualquier medio que pueda dejar constancia escrita a la autoridad que cada Estado miembro haya designado como responsable para todo lo relativo a la recepción de solicitudes de tránsito y documentación necesaria, así como de toda la correspondencia oficial con solicitudes de tránsito⁽¹⁴⁷⁾. En España se ha designado a la Autoridad Central, según dispone el art. 25.2 LOEDE, y del tenor del art. 25.2 de la DM se deduce que por intermediación de esta autoridad deben hacerse tanto las solicitudes como las recepciones y decisiones de tránsito.

Sorprende que no se indique con claridad en la Decisión marco, aunque pueda deducirse del apartado cuarto del art. 25, cuál ha de ser el Estado que lleve a cabo dicha solicitud y comunicación al Estado de tránsito, algo que sin embargo sí hace la LOEDE señalando al Estado de emisión. Tal solución es lógica al ser este Estado el que disponga con mayor facilidad de la mayoría de los datos y el que se hace responsable de los gastos que se ocasionen por el tránsito por este tercer Estado⁽¹⁴⁸⁾.

Respecto a la decisión a adoptar por la autoridad designada del Estado miembro de tránsito (el Ministerio de Justicia como Autoridad Central, en el caso de España), su sentido será generalmente positivo, al margen de las dos excepciones señaladas, o de que en la solicitud no se exprese la información exigida (sin perjuicio de una eventual subsanación). Deberá remitirse a la autoridad solicitante por cualquier medio que pueda dejar constancia escrita, según dispone el art. 25.2 DM y, lógicamente, a la mayor brevedad.

(146) CASTILLEJO MANZANARES, R., *Instrumentos...*, op. cit., p. 164.

(147) Además, cada uno de los Estados miembros ha de comunicar a la Secretaría General del Consejo la autoridad responsable designada, a fin de que pueda ser conocida por el resto de los Estados miembros.

(148) Así lo indica CASTILLEJO MANZANARES, R., *Instrumentos...*, op. cit., p. 165.

XI. REENTREGA

La Decisión marco en un extenso artículo (art. 28) aborda conjuntamente los casos de entrega ulterior a una euroorden y de extradición ulterior, que si bien tienen en común el hecho de que la persona afectada y respecto de la cual se ha acordado en un procedimiento de entrega o de extradición la entrega a un determinado Estado, va a verse finalmente enviada a un tercer Estado distinto de aquellos entre los cuales el inicial procedimiento discurrió, se diferencian en que en uno de los casos, el primero, la entrega final es consecuencia de otra orden europea cursada por un tercer Estado miembro, mientras que en el segundo obedece a una petición ulterior de extradición de un tercer Estado ajeno a la Unión Europea, extremo que lógicamente incide a la hora de atenuar o no los requisitos para su concesión. Previamente y en el art. 21 contempla la situación inversa a la que denomina *conurrencia de obligaciones internacionales* refiriéndose a los casos en que se pretende la reentrega por virtud de una orden europea de una persona previamente extraditada.

La LOEDE, consciente de las similitudes, pero también de las diferencias, a la hora de llevar a cabo la pertinente transposición ha optado por plasmarla en cuatro preceptos consecutivos conforme al esquema siguiente.

1. Entrega ulterior

En primer lugar el art. 26 se ocupa de los casos de *entrega ulterior*, relativos a la situación que puede producirse respecto de personas reclamadas y cuya entrega ha sido concedida al Estado requirente o de emisión, que a su vez puede *reentregarlas* a otro Estado miembro distinto del de ejecución que las reclama por una infracción cometida antes de la inicial entrega.

A estos efectos la regulación dispuesta en el mencionado precepto toma como punto de partida la división entre dos situaciones diversas, según que el Estado de emisión de la orden que en su momento dio lugar a la entrega y que pretende proceder a la *reentrega* posterior a otro Estado miembro sea España (apartados 1 a 3 del art. 26), o que por el contrario nuestro país actúe como Estado de ejecución de una euroorden y entrega al reclamado al de emisión para que éste, a su vez, proceda a la reentrega (art. 26.4).

En el primer caso se distingue a su vez entre los supuestos en que el consentimiento del Estado de ejecución (a la reentrega) se presume existente (art. 26.1), aquellos en que el Estado emisor de la orden y receptor del reclamado (España) no necesita ese consentimiento para proceder a la reentrega (art. 26.2) y, finalmente, aquellos en que es precisa la autorización expresa (art. 26.3):

- S El consentimiento del Estado de ejecución a la reentrega (por el Estado español) se presume existente cuando hubiera notificado a la Secretaría

General del Consejo de la Unión Europea, en su relación con otros Estados miembros que hayan efectuado la misma notificación, su disposición favorable para la entrega a otro Estado miembro distinto del de ejecución en virtud de una orden de detención europea por toda infracción cometida antes de su entrega, a menos que en un caso particular la autoridad judicial de ejecución declare lo contrario en la resolución de entrega (art. 26.1).

- S Tampoco necesitará el Estado español para proceder a la reentrega el consentimiento del Estado de ejecución, en distintos supuestos similares a los ya examinados al analizar el principio de especialidad⁽¹⁴⁹⁾. Así cuando (art. 26.2):
- a) el reclamado, habiendo tenido ocasión de abandonar el territorio del Estado al que hubiere sido entregado no lo hiciera en el plazo de 45 días desde su puesta en libertad definitiva, o hubiere regresado a ese territorio después de abandonarlo;
 - b) el reclamado hubiere consentido en la reentrega, exigiéndose, para su validez, su emisión ante la autoridad judicial competente del Estado de emisión en condiciones que aseguren su emisión libre y con conocimiento de sus consecuencias, para lo cual tendrá derecho a la asistencia de Abogado.
 - c) El reclamado no se acoge al principio de especialidad, de conformidad con lo dispuesto en los apartados 2 y 4 (letras a, b y c) del art. 24.
- S En los demás casos, el Estado español para proceder a la reentrega necesitará la autorización de la autoridad judicial de ejecución, que se solicitará de conformidad con lo dispuesto en el art. 6 de la LOEDE, es decir, en la forma prevista para la transmisión entre autoridades judiciales de la orden de detención y entrega, adjuntando a la solicitud la información requerida a efectos de validez formal de la misma y mencionada en el art. 3.1 y una traducción a la lengua o a una de las lenguas oficiales del Estado de ejecución (art. 26.3).

Para el caso de que España hubiera entregado a una persona reclamada en virtud de una euroorden y se pretendiera proceder a su reentrega por la autoridad judicial de emisión a un tercer Estado miembro, se prevé expresamente (art. 26.4) la necesidad de que se le solicite su consentimiento expreso en tanto no realice la notificación a la Secretaría General del Consejo de su disposición favorable de tipo general ya analizada y que tendrá el efecto de poder presumir su consentimiento respecto de los Estados que igualmente la hubieran formulado.

(149) Vid. apartado 5.5.

Para otorgar el consentimiento se requerirá que se le curse una solicitud de autorización por el Estado de que se trate para que la autoridad judicial española lo adopte en un plazo máximo de treinta días siempre que la infracción que motive la solicitud fuese motivo de entrega de conformidad con lo dispuesto en la LOEDE y sin perjuicio de las garantías que de conformidad con el art. 11 de la LOEDE podrán exigirse a la autoridad solicitante.

2. Entrega ulterior a una extradición

También se establecen disposiciones para hacer frente a una solicitud de entrega por España de una persona que a su vez ha sido extraditada a nuestro país desde un tercer Estado miembro y resulta protegida por el principio de especialidad, diferenciándose según que el Estado que hubiera concedido la extradición fuera (art. 27) o no (art. 29.4) miembro de la Unión Europea. En ambos casos se requerirá la autorización del Estado que hubiera concedido la extradición para que la autoridad española, como autoridad de ejecución de la euroorden, pueda reentregarla a la autoridad judicial de emisión, manteniéndose entretanto las medidas cautelares para asegurar su efectividad y contándose los plazos para adoptar la decisión una vez aquélla se conceda.

3. Extradición ulterior

Finalmente también se regula la situación inversa a la anteriormente descrita; esto es, la solicitud de extradición de una persona previamente entregada a un Estado en virtud de una orden europea, diferenciándose según que España (o, más bien, la autoridad judicial española) sea quien en el procedimiento de entrega haya actuado como Estado de emisión (art. 28.1) o, por el contrario, lo hubiera hecho como Estado de ejecución (art. 28.2).

En el primer caso como requisito imprescindible para proceder a la extradición se solicitará por el Juzgado Central de Instrucción el consentimiento del Estado de ejecución. En el segundo, y ante el consentimiento solicitado por el Estado de emisión para extraditarlo a un tercer Estado, aquél deberá prestarse de conformidad con los convenios bilaterales o multilaterales en los que España sea parte, teniendo la petición de autorización la consideración de demanda de extradición a estos efectos.

XII. A MODO DE CONCLUSIÓN

La transposición llevada a cabo por el legislador español en la LOEDE se ha ajustado fielmente al texto y exigencias de la Decisión marco, al margen de algunas diferencias de poco calado.

Esta labor puede ser valorada de modo positivo en lo que respecta a la plasmación del espíritu y objetivo de la Decisión marco: sustituir el viejo meca-

nismo de la extradición por un modelo de entrega inmediata basada en el principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales entre los Estados miembros. Y también por su rapidez en llevar a cabo la implementación debida, siendo el primero de los quince en hacerlo, pese a que no haya podido ver cumplido el fin que la guiaba: permitir su aplicación anticipada con otros Estados que habían anunciado su intención de efectuar la transposición en el primer trimestre de 2003, aunque finalmente no lo hicieron a tiempo.

Sin embargo, y quizás por esta rapidez, su resultado final no es satisfactorio, abriendo numerosos interrogantes en cuanto a su tramitación, al haberse limitado prácticamente a llevar al texto de la ley las líneas contenidas en la Decisión marco sin haberse preocupado de efectuar el debido ajuste en atención a las exigencias y principios que informan nuestro modelo procesal penal, encomendando el procedimiento a dos órganos judiciales diversos sin un claro y adecuado reparto de competencias entre ambos, y negando la posibilidad de recurrir la decisión de entrega.

En cuestión de principios, probablemente la postura del legislador español, excesivamente complaciente con el texto de la Decisión marco, no sea la seguida por otros Estados, algunos de los cuales ya han anunciado su intención de aprovechar las cláusulas de salvaguardia expuestas en el Preámbulo de la Decisión marco e incorporadas también a su texto dispositivo (art. 1.3 DM)⁽¹⁵⁰⁾ para, a su amparo, introducir un nuevo motivo de denegación no previsto en el elenco de los arts. 3 y 4 de la Decisión marco: la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas en el Estado de emisión, según el entendimiento o percepción del de ejecución, lo que sin duda puede constituir un golpe tremendo a la línea de flotación de la Decisión marco. La incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la futura Constitución Europea debiera jugar en este sentido un importante papel de cara a uniformar debidamente la intelección del alcance de tales derechos evitando interpretaciones dispares y algunas formas de proteccionismo judicial y de desconfianza que no deberían tener cabida en un espacio como el de la Unión Europea.

Con todo, y al margen de algunas sombras que pueden planear sobre el funcionamiento de este nuevo mecanismo, lo cierto es que supone un paso decisivo en el principio del reconocimiento y confianza mutua entre los países miembros, y probablemente servirá como acicate a la hora de imprimir mayor celeridad a la tarea de la unificación de las legislaciones materiales y de las garantías procesales de los Estados de la Unión Europea, sin olvidar que sale al paso de la censurable práctica existente en ciertos países de eludir la extradición mediante la expulsión, medida poco respetuosa con las exigencias derivadas de los derechos fundamentales.

(150) Consúltense tales cláusulas en la cita 121.

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Allanamiento de locales protegidos:

- STC 88/2003, de 19 de mayo 116

Asistencia letrada:

- STC 60/2003, de 24 de marzo 105

Autoría y participación:

- STS 539/2003, de 30 de abril 235
— STS 677/2003, de 7 de mayo 241

C

Competencia territorial:

- AAP Madrid 2953/2002, de 18 de octubre 277

Conducción sin seguro:

- SAP Sevilla 423/2002, de 7 de octubre 276

Conformidad:

- STS 652/2003, de 6 de mayo 239

D

Delito continuado:

- STS 238/2003, de 12 de febrero 138
- STS 760/2003, de 23 de mayo 251

Delito fiscal:

- STS 44/2003, de 3 de abril 218
- STS 539/2003, de 30 de abril 235
- SAP Barcelona, de 24 de mayo de 2002 261

Delitos contra el medio ambiente:

- STS 52/2003, de 24 de febrero 146
- STS 388/2003, de 1 de abril 211

Delitos contra la seguridad de los trabajadores:

- SAP Barcelona 974/2002, de 4 de noviembre 281

Delitos relativos a la propiedad intelectual:

- AAP Barcelona, de 2 de octubre de 2002 273

Delitos relativos a la propiedad industrial:

- SAP Sevilla 94/2003, de 3 de marzo 300

Denuncia:

- AAP Barcelona, de 2 de octubre 273

Derecho de defensa:

- STS 743/2003, de 14 de mayo 246

Derechos del interno en centro penitenciario:

- AAP Madrid 2520/2002, de 27 de septiembre 270
- AAP Madrid 21/2003, de 10 de enero 293

Descubrimiento y revelación de secretos:

- AAP Barcelona, de 29 de julio de 2002 266
- SAP Barcelona 1036/2002, de 4 de noviembre 283

Detención ilegal:

- STS 135/2003, de 4 de febrero 131

E

Entrada y registro:

— STS 436/2003, de 20 de marzo	208
— STS 410/2003, de 24 de marzo	209

Error de tipo:

— STS 135/2003, de 4 de febrero	131
---------------------------------------	-----

Estafa:

— STS 142/2003, de 5 de febrero	133
— STS 238/2003, de 12 de febrero	138
— STS 298/2003, de 14 de marzo	200

G

Genocidio:

— STS 327/2003, de 25 de febrero	168
----------------------------------------	-----

H

Habeas corpus:

— STC 61/2003, de 24 de marzo	108
-------------------------------------	-----

I

Imparcialidad del juzgador:

— STS 331/2003, de 5 de marzo	191
-------------------------------------	-----

Incendio:

— SAP Barcelona 815/2002, de 19 de noviembre	289
----------------------------------------------------	-----

Incongruencia omisiva:

- STS 577/2003, de 14 de abril 228

Infidelidad en la custodia de documentos:

- STS 311/2003, de 5 de marzo 185

Intrusismo:

- STS 1612/2002, de 1 de abril 214

J

Justicia gratuita:

- STC 95/2003, de 22 de mayo 122

L

Lesiones:

- STS 375/2003, de 10 de marzo 197
 — STS 660/2003, de 5 de mayo 237

Lesiones (deformidad):

- STS 148/2003, de 6 de febrero 136

M

Malversación de caudales públicos:

- STS 195/2003, de 15 de febrero 140
 — STS 257/2003, de 18 de febrero 142

P

Penal de multa:

- SAP Valencia 24/2003, de 28 de enero 295

	Página
Penas accesorias:	
— STS 744/2003, de 21 de mayo	249
Prescripción:	
— STS 298/2003, de 14 de marzo	200
— STS 44/2003, de 3 de abril	218
— AAP Barcelona, de 12 de julio de 2002	264
Presunción de inocencia:	
— STS 258/2003, de 25 de febrero	165
— SAP Barcelona 49/2002, de 24 de octubre	279
Principio “non bis in idem”:	
— STS 257/2003, de 18 de febrero	142
— STS 52/2003, de 24 de febrero	146
Principio acusatorio:	
— STC 75/2003, de 23 de abril	110
Principio de justicia universal:	
— STS 327/2003, de 25 de febrero	168
Prisión provisional:	
— STC 82/2003, de 5 de mayo	112
Procedimiento abreviado:	
— STS 703/2003, de 13 de mayo	243
Prueba biológica (ADN):	
— STS 107/2003, de 4 de febrero	130
Prueba ilícita:	
— STS 160/2003, de 24 de febrero	163
— STS 498/2003, de 24 de abril	232

R

Receptación civil:

- STS 142/2003, de 5 de febrero 133

Recurso de casación (unificación de doctrina):

- STS 115/2003, de 3 de febrero 127

Recusación:

- STS 331/2003, de 5 de marzo 191

Responsabilidad civil:

- STS 2147/2002, de 5 de marzo de 2003 196
 — AAP Vizcaya 735/2002, de 24 de septiembre 269
 — SAP Vizcaya 101/2003, de 17 de febrero 298

Responsabilidad civil (del Estado):

- STS 195/2003, de 15 de febrero 140
 — STS 780/2003, de 29 de mayo 257

Responsabilidad penal del menor:

- SAP Vizcaya 3/2003, de 13 de febrero 297

Robo y hurto de uso de vehículo de motor:

- SAP Madrid 456/2002, de 27 de noviembre 291

T

Tenencia ilícita de armas:

- STS 312/2003, de 5 de marzo 188

Tráfico de drogas:

- STS 259/2003, de 25 de febrero 167

Tribunal del Jurado:

- STS 581/2003, de 21 de abril 230

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sentencia 60/2003 de la Sala 2.^a del TC de 24 de marzo de 2003
(BOE 16 de abril de 2003) (Recurso de amparo 1466/2001)**

DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA.

Arts. 24 CE; 881 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Eugeni Gay Montalvo**

SÍNTESIS

Vulneración del derecho a la asistencia letrada y a la tutela judicial efectiva al tramitarse un recurso de casación penal sin participación de uno de los condenados, no personado y a quien no se designó Abogado y Procurador de oficio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. (...)

En el presente caso, la posible lesión del derecho a la tutela judicial efectiva que, “ic-tu oculi”, aparece como la más trascendente

de entre las diversas esgrimidas por quien impetra el amparo, es la imputada a la Sentencia casacional condenatoria del demandante. Esta Sentencia fue el resultado de los recursos de casación interpuestos tanto por el Ministerio Fiscal como por el resto de los

procesados en la causa 4/1992 seguida ante la Audiencia Provincial de Barcelona contra la Sentencia emanada por ésta, pero no así por el solicitante de amparo, que manifiestamente expresó su aceptación de la Sentencia de instancia en lo que a él le afectaba. Por lo que el recurrente alega que se dictó inaudita parte y con indefensión, entendiéndose por ésta la celebración de la vista habida sin haber estado representado por Procurador y defendido por Letrado cuando —afirma— debió bien instársele para que nombrase representación y Abogado o bien, de no hacerlo voluntariamente, debió nombrársele Abogado y Procurador de oficio, con lo que el recurrente identifica indefensión con falta de asistencia letrada.

(...)

3. Ciertamente este Tribunal ha hecho hincapié en que en los procesos jurisdiccionales los interesados deben observar la debida diligencia, así como el efecto que en la tutela judicial efectiva tiene una actitud contraria en los supuestos a los que correctamente alude el Auto objeto de impugnación. Dicho sintéticamente, “como con mucha reiteración ha establecido la jurisprudencia de este Tribunal, no puede invocar indefensión procesal con efectos constitucionales quien ha contribuido o colaborado a originarla con su propia conducta, siendo causa determinante de la misma, porque no puede beneficiarse de un remedio excepcional quien con su comportamiento crea la ausencia de su propia defensa.” (ATC 662/1985, de 2 de octubre, FJ 2). Traslada dicha doctrina al caso presente, el resultado sería, en principio, el que apunta el Auto del Tribunal Supremo impugnado, pues, aunque el demandante de amparo se aquietó ante la Sentencia de la Audiencia Provincial, se le notificó la interposición por parte del Ministerio Fiscal del recurso de casación por infracción de ley a quien había actuado como su Procurador en la instancia y, asimismo, se le emplazó debidamente, sin que compareciera ni mostrara atisbo alguno de defender sus intereses en la sustanciación del re-

curso en cuestión. Difícilmente puede aducir, entonces, el recurrente que se le produjo indefensión, pues tuvo, sin duda, plena oportunidad de defenderse y no lo hizo, resultando la Sentencia casacional que le condena, dictada inaudita parte, única y exclusivamente en razón de su propia y voluntaria actitud.

Ahora bien, en el concreto proceso en el que tienen lugar las actuaciones que afectan al solicitante de amparo, que es en un recurso de casación penal, la anterior doctrina no resulta aplicable “sic et simpliciter”, como pretende el Auto del Tribunal Supremo impugnado, desde el momento en que el Ordenamiento prevé específicamente el concreto modo de proceder que ha de observar dicho Tribunal en punto a la representación y defensa de los procesados. En efecto, aunque en el Auto directamente impugnado no se hace alusión a ello, y aunque el demandante de amparo tampoco logra concretar el precepto procesal penal que refleja la idea que expone de que “si el acusado no comparece debidamente representado, se le tiene que instar para que lo haga” y “si no lo hace, se le debe nombrar Abogado y Procurador de oficio”, el art. 881 LECrim. dispone explícita y taxativamente, como bien apunta el Ministerio Fiscal, que “al dictar la providencia de que se habla en el artículo anterior (esto es, “Interpuesto el recurso y transcurrido el término del emplazamiento...”, que es como comienza el anterior art. 880), la Sala mandará nombrar Abogado y Procurador para la defensa del procesado, condenado o absuelto por la Sentencia, cuando no fuese el recurrente ni hubiese comparecido”. Como se hace evidente en este enunciado legal, la ley prevé inequívocamente la situación en la que el afectado por la Sentencia recurrida en casación —con independencia de que haya sido condenado o absuelto por la misma—, ni sea el recurrente ni comparezca. Y, para tales supuestos, obliga al Tribunal Supremo a nombrarle colegiados de oficio que le representen y le asistan. Justamente para tales supuestos dispone el mismo art. 881 LE-

Crim. a continuación que “el Abogado así nombrado no podrá excusarse de aceptar la defensa del procesado, como no sea por razón de alguna incompatibilidad, en cuyo caso se procederá al nombramiento de otro Letrado”, lo que muestra con meridiana claridad la voluntad del legislador de que no quepa posibilidad ni excusa alguna para que, sobre quien pueda resultar afectado por una resolución dictada en sede casacional penal, se proyecte la decisión última sin haber sido representado y asistido en la tramitación del procedimiento ante el Alto Tribunal.

4. En rigor, por lo tanto, al recurrente no se le ha producido la vulneración que subraya del derecho de defensa en sí mismo considerado, sino el de asistencia letrada considerado “*stricto sensu*”, habida cuenta de que la regulación establecida en el transcrito art. 881 LECrim. hace obligatorio, “*ex lege*”, que el procesado en un recurso de casación penal sea asistido de Abogado y Procurador, sin que ni al interesado ni al propio Tribunal Supremo les quepa otra alternativa.

(...)

En el presente caso, debe tenerse en cuenta que, en lo que ahora interesa, que es si la actuación del órgano jurisdiccional vulneró el derecho de asistencia letrada, existe un imperativo legal para el Tribunal Supremo de que nombre colegiados para la representación y defensa del procesado que no fuese recurrente ni hubiese comparecido

(como era el caso del aquí solicitante de amparo), existiendo, por ello, una ocasión manifiesta en la que el derecho a la asistencia letrada adopta la naturaleza de “exigencia estructural del proceso... y ...*(de)*... garantía del correcto desenvolvimiento del mismo” (STC 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 2, y las en ellas citadas).

En efecto, no puede entenderse de otro modo desde el momento en el que la instancia en la que se produce la ausencia de Abogado y Procurador es un recurso de casación por infracción de ley en el cual el aquí recurrente acaba siendo condenado —tal y como propugnaba el Ministerio público— por un tipo delictivo distinto al que se le aplicó en la instancia. Un supuesto de esta índole, es prototipo de aquellos en los que resulta plenamente aplicable nuestra doctrina donde hemos declarado que la asistencia letrada evita “la posibilidad de que se produzca la indefensión del imputado de tal modo que frente a una acusación técnica aparezca también una defensa técnica” (STC 29/1995, de 6 de febrero, FJ 4). Consecuencia de todo ello es que la asistencia letrada ha de ser proporcionada en determinadas condiciones por los poderes públicos, por lo que la designación de tales profesionales se torna en una obligación jurídico-constitucional que incumbe singularmente a los órganos judiciales (SSTC 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 2, y 145/2002, de 15 de julio, FJ 3, por todas).

**Sentencia 61/2003 de la Sala 2.^a del TC de 24 de marzo de 2003
(BOE 16 de abril de 2003) (Recurso de amparo 3114/2002)**

HABEAS CORPUS.

Art. 3 de la LO 6/1984, de Habeas Corpus

Ponente: **Excmo. Sr. D. Pablo Cachón Villar**

SÍNTESIS

Legitimación del Abogado del detenido para instar el procedimiento de “Habeas Corpus”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. (...)

c) Finalmente, las dudas que el texto del art. 3 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de hábeas corpus, pudiera suscitar acerca de la legitimación del Abogado de la persona privada de libertad para instar su iniciación, han sido disipadas por este Tribunal.

Así, el ATC 55/1996, de 6 de marzo, FJ 2, no obstante haber procedido a inadmitir un recurso de amparo formulado contra un Auto denegatorio de la incoación del procedimiento [al estimar que concurría el óbice establecido en el art. 50.1.c) LOTC], indicó que “no cabe ... sostener falta de legitimación alguna del Letrado a cuyo favor se otorgó la representación, ya que dicho Letrado no solicitó por él mismo la incoación del procedimiento, sino en su calidad de representante de los verdaderos interesados cuya legitimación para solicitar la incoación del meritado procedimiento queda fuera de toda duda”, de tal suerte que “quienes instaron el hábeas corpus fueron los propios interesados, plenamente legitimados, y no su

Abogado, que limitó su papel a asumir la representación de aquéllos”. Afirmar dicha resolución, en relación con todo ello, que “resulta irrelevante que el art. 3 de la Ley Orgánica 6/1984 no prevea expresamente que un Abogado inste el procedimiento, y que solamente se refiera a la representación ‘legal’ de menores e incapacitados”, y que “también es irrelevante que el art. 4 de la Ley disponga que no es preceptiva la intervención de profesionales forenses”.

Esta doctrina tuvo posteriormente continuidad en la STC 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 2, que rechazó la inadmisión del procedimiento de hábeas corpus instado por un Abogado subrayando lo siguiente: “Pues bien, hemos de considerar que la legitimación originaria para instar el procedimiento de hábeas corpus, en cuanto acción específica dirigida a proteger la libertad personal de quien ha sido ilegalmente privado de ella reside, como prescribe el mencionado art. 3, en su apartado a), en la persona física privada de libertad, y si bien es cierto que en el caso enjuiciado el privado de libertad, promovente del amparo, no instó por sí mismo el mentado procedimiento, no es

menos cierto que actuó en su nombre, tácitamente apoderado al efecto, el Letrado del turno de oficio, que le asistía en su calidad de detenido, como así lo puso de manifiesto en la comparecencia ante los funcionarios policiales mediante la que instó el hábeas corpus. Esta circunstancia conduce a entender que se ha solicitado el procedimiento por quien, como el privado de libertad, tiene legitimación para ello, si bien, instrumentalmente y dada su situación, lo efectuase en su nombre el Letrado designado por el turno de oficio para asistirle como detenido. Ha de añadirse que si el Juez competente albergase alguna duda sobre la existencia del oportuno mandato conferido a su Letrado por el detenido debió, para disiparla, realizar las comprobaciones oportunas y, como esencial, acordar la comparecencia de la persona privada de libertad para oírlo, entre otras, acerca de tal circunstancia. Al no hacerlo así, la denegación a limine litis de la sustanciación del procedimiento de hábeas corpus, no se acomoda a la función que al órgano judicial incumbe de guardián de la libertad personal, por lo que hemos de entender que el recurrente ha observado el presupuesto procesal de agotar la vía judicial previa, lo que determina la procedencia del examen del fondo de su pretensión”.

3. La aplicación al presente caso de la doctrina expuesta conduce directamente al otorgamiento del amparo. En efecto, la inadmisión liminar del procedimiento de hábeas corpus instado por el Letrado don J.L. M.H., actuando en nombre y representación de don Hans D., entra en abierta contradicción con la interpretación que de los requisitos sobre legitimación hemos efectuado en el ATC 55/1996, de 6 de marzo, y en la STC 224/1998, de 24 de noviembre, en aras de la efectividad del contenido esencial de esta garantía procedimental especial dispuesta por el constituyente en aras de la preservación de la libertad personal. Tanto más cuanto que el mencionado Letrado actuaba apoderado por su defendido, como así acreditó mediante la aportación al Juzgado de la correspondiente copia de escritura de poder general para pleitos. Si alguna duda albergaba el Juez acerca de la voluntad del detenido en dependencias policiales de acudir al procedimiento de hábeas corpus, lo pertinente hubiera sido requerir su comparecencia personal pues la inadmisión a limine acordada representa un desfallecimiento del Juez en la función que como “guardián de la libertad personal” le atribuye nuestro texto constitucional (art. 17.1 y 4 CE).

**Sentencia 75/2003 de la Sala 1.^a del TC de 23 de abril de 2003
(BOE 17 de mayo de 2003) (Recurso de amparo 4299/2000)**

PRINCIPIO ACUSATORIO.

Arts. 24 CE; 316 y 317 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel**

SÍNTESIS

Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías al violarse las exigencias del principio acusatorio condenando por un delito doloso a quien había sido acusado por imprudencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

5. (...)

Ciñéndonos a las peculiaridades del supuesto enjuiciado, en el que no se cuestiona por el demandante el conocimiento de los términos de la acusación en la primera instancia, sino exclusivamente la introducción de elementos fácticos y jurídicos en la Sentencia de apelación de los que consecuentemente no pudo defenderse, y la condena a pena superior de la pretendida por la única acusación, nuestra doctrina ha afirmado de modo continuado en el tiempo que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, en consecuencia, no ha podido defenderse de modo contradictorio. A estos efectos la pretensión acusatoria se fija en el acto del juicio oral, cuando la acusación o acusaciones establecen sus conclusiones definitivas y se refiere no solamente a la primera instancia, sino

también a la fase de apelación (SSTC 12/1981, de 12 de abril, FJ 4; 104/1986, de 17 de julio, FJ 4; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; y 33/2003, de 13 de diciembre, FJ 4). La razón es que el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de contestación o rechazo de la acusación, como aplicación al proceso penal del principio de contradicción. En consecuencia, al Juez no le está permitido excederse de los términos del debate tal como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de las Sentencias (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, FJ 2; 17/1988, de 16 de febrero, de 28 de febrero, FJ 1; y 95/1995, de 19 de junio, FJ 2).

En definitiva, fijada la pretensión, el Juzgador está vinculado a los términos de la acusación con un doble condicionamiento, fáctico y jurídico (STC 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5). Desde la primera de las perspectivas la congruencia exige que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva, sea utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal, siempre y cuando se trate de una variación sustancial, pues el Juzgador conserva un relativo margen de autonomía para fijar los hechos probados de conformidad con el resultado de los medios de prueba incluyendo aspectos circunstanciales siempre que no muten la esencia de lo que fue objeto de controversia en el debate procesal (SSTC 10/1988, de 1 de febrero, FJ 2; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; y la ya citada 228/2002, FJ 5). Por lo que se refiere a la calificación jurídica, el Juzgador está vinculado también a la sustentada por la o las acusaciones.

Ciertamente, hemos afirmado que el Juez puede condenar por un delito distinto que el sostenido por la acusación o acusaciones siempre y cuando se trate de un delito homogéneo con el que fue objeto de acusación y siempre y cuando no implique una pena de superior gravedad. Por lo tanto, la condena por delito distinto de aquel o aquellos que se formularon en la pretensión acusatoria sólo es constitucionalmente posible si se dan dos circunstancias: una es la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la Sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación declarada en la sentencia condenatoria. La segunda condición es que ambos delitos, el que sustentó la acusación y el considerado como más correcto por el Tribunal sentenciador en la Sentencia sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza, porque el hecho que configura los tipos correspon-

dientes sea sustancialmente el mismo o, en palabras de la STC 134/1986, de 29 de octubre (FJ 1), porque exista “identidad del bien o interés protegido en cuanto hay una porción del acaecer concreto o histórico común en la calificación de la acusación y en la de la sentencia” (en este mismo sentido, SSTC 43/1997, de 10 de marzo, FJ 3; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 118/2001, de 21 de mayo, FJ 4; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; y 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5). En todo caso, como límite infranqueable en el momento de dictar Sentencia, al Juez le está vedado calificar los hechos de manera que integren un delito penado más gravemente si este agravamiento no fue sostenido en juicio por la acusación, ni imponer una pena mayor que la que corresponda a la pretensión acusatoria fijada en las conclusiones definitivas, dado que se trata de una pretensión de la que no pudo defenderse el acusado.

6. Pues bien, a la vista de los hechos acaecidos debe darse la razón al demandante y otorgar el amparo que nos pide, pues ha sido condenado por delito distinto y heterogéneo del que fue acusado, como condenado a pena superior a la correspondiente al delito por el que era acusado y a la pedida por la única acusación.

En efecto, la calificación definitiva realizada por la única de las acusaciones tras un relato de hechos común para ambos acusados, en el apartado referente a la calificación jurídica de los hechos, imputó al recurrente don L.G.N. un delito contra la seguridad de los trabajadores previsto en el art. 317 CP, en concurso con un delito de homicidio por imprudencia del art. 142, apartados 1 y 3 CP. En definitiva la única acusación sostenía que el demandante era autor de un delito culposo contra los derechos de los trabajadores y no de un delito doloso. En cuanto a la pena, se pretendía la siguiente: “procede imponer al acusado... la de tres meses de prisión como autor de un delito del art. 317 del CP y tres de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión de apa-

reajador, como autor de un delito del art. 142, apartados 1 y 3 del CP, accesorias y costas...”.

Estas conclusiones se elevaron a definitivas en el acto del juicio oral, sin otra modificación que la relativa a la petición de responsabilidad civil dimanante del delito, de modo que la pretensión acusatoria quedó conformada en los términos antedichos y se mantuvo incólume en la fase de apelación en la que la acusación particular, ante la absolución dictada en la instancia, solicitó se revocara la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal y se condenara a los acusados “en los términos de las conclusiones de esta acusación particular que en su momento fueron elevadas a definitivas”. (...)

Sin embargo, la Sección Primera de la Audiencia Provincial, razonándolo expresamente, consideró que los hechos se habían cometido a título de dolo y, por ello, rechazó la existencia de un delito culposo; como rechazó la existencia de un delito de homicidio imprudente y condenó por una falta de imprudencia.

Tal como sostiene el Ministerio Fiscal, no puede predicarse la homogeneidad de

los tipos delictivos, en tanto en cuanto, situados desde la perspectiva del derecho de defensa, el recurrente no podía defenderse de modo contradictorio ni de los elementos fácticos, ni de los elementos jurídicos del tipo delictivo si la acusación le imputaba una participación a título culposo y no doloso, por lo que al calificarse por la Sala los hechos de modo distinto introdujo respecto del recurrente tanto un elemento fáctico fundamental (no facilitar conscientemente los medios de seguridad necesarios), como una calificación jurídica distinta (la imputación por delito doloso). Además, como consecuencia de esta calificación legal de la que el recurrente no pudo defenderse, le impuso las penas de seis meses de prisión y seis meses de multa, mínima asignada al delito tipificado en el art. 316 CP, pero superior a la prevista en el art. 317 CP ya que, tratándose de un delito culposo, el Código Penal asigna a este último la pena inferior en grado, con lo cual pese a imponer la pena en su mínima extensión, estaba superando palmariamente el máximo de la pena solicitada por la única acusación.

**Sentencia 82/2003 de la Sala 2.^a del TC de 5 de mayo de 2003
(BOE 17 de mayo de 2003) (Recurso de amparo 1620/2002)**

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD: AUTO DE PRISIÓN ACORDADO TARDÍAMENTE.

Arts. 17.1 CE; 497, 504 bis.2 y 539 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas**

SÍNTESIS

Se declara vulnerado el derecho a la libertad personal del recurrente al no resolverse judicialmente sobre su situación personal, acordando la prisión.

sino transcurrido el plazo máximo de setenta y dos horas previsto en los arts. 497 y 504 bis.2 de la LECrim., permaneciendo entretanto en una atípica situación continuada de privación de libertad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. En un Estado social y democrático de Derecho, como el que configura nuestra Constitución, la libertad personal no es sólo un valor superior del Ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), sino además un derecho fundamental (art. 17 CE), cuya trascendencia estriba precisamente en ser presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales. En un régimen democrático, donde rigen derechos fundamentales, la libertad de los ciudadanos es la regla general y no la excepción, de modo que aquéllos gozan de autonomía para elegir entre las diversas opciones vitales que se les presentan. De acuerdo con este significado prevalente de la libertad, la Constitución contempla las excepciones a la misma en los términos previstos en el art. 17.1 CE: “nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley”. En palabras de las SSTC 140/1986, de 11 de noviembre (FJ 5), y 160/1986, de 16 de diciembre (FJ 4), “el derecho a la libertad del art. 17.1, es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo ‘en los casos y en la forma previstos por la Ley’: En una ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así limita”. De modo que la ley, dentro de los límites que le marcan la Constitución y los tratados internacionales, desarrolla un papel decisivo en relación con este derecho, pues es en ella donde se conforman los presupuestos de la privación de libertad por imperativo constitucional, y donde —aunque no sólo— se determina el tiempo razonable en que puede ser admisible el mantenimiento de dicha situación (STC 241/1994, de

20 de julio, FJ 4). Pero a pesar de este carácter decisivo de la ley respecto a la posibilidad de prever restricciones a la libertad, no cabe duda de que tal ley ha de estar sometida a la Constitución, por lo que hemos afirmado que el derecho a la libertad no es un derecho de pura configuración legal [SSTC 2/1992, de 13 de enero, FJ 5; 241/1994, de 20 de julio, FJ 4; 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 157/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 2; 147/2000, de 29 de mayo, FFJJ 3 y 4.a)].

En tal sentido este Tribunal ha tenido asimismo ocasión de declarar que la regla nulla custodia sine lege obliga a que la decisión judicial de decretar, mantener o prorrogar la prisión provisional esté prevista en uno de los supuestos legales (uno de los “casos” a que se refiere el art. 17.1 CE), y se adopte mediante el procedimiento legalmente regulado (en la “forma” mencionada en el mismo precepto constitucional). De ahí que hayamos dicho reiteradamente que el derecho a la libertad pueda verse conculcado, tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la Ley, como cuando se opera contra lo que la ley dispone (SSTC 127/1984, de 12 de diciembre, FJ 2; 34/1987, de 12 de marzo, FJ 1; 13/1994, de 17 de enero, FJ 6; 241/1994, de 20 de julio, FJ 4; 128/1995, de 26 de julio, FJ 3), así como también hemos afirmado que los plazos han de cumplirse por los órganos judiciales, por lo que en caso de incumplimiento resulta afectada la garantía constitucional de la libertad contenida en el art. 17 CE (SSTC 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 3; 40/1987, de 3 de abril, FJ 2; 103/1992, de 25 de junio, FJ; 37/1996, de 11 de marzo, FJ 3; 147/2000, de 29 de mayo, FJ 4.b).

Por último, de conformidad con la doctrina constitucional expuesta, ha de recordarse, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, que el art. 497 LECrim. dispone que, si el Juez o Tribunal a quien se hiciese entrega del detenido fuere el propio de la causa, y la detención se hubiese practicado en alguno de los supuestos mencionados en el propio precepto, “elevantá la detención a prisión, o la dejará sin efecto, en el término de setenta y dos horas, a contar desde que el detenido le hubiese sido entregado”. Por su parte el art. 504 bis.2 LECrim. prevé que “desde que el detenido es puesto a disposición del Juez de Instrucción o Tribunal que deba conocer de la causa, éste, salvo que decrete su libertad provisional sin fianza, convocará a audiencia, dentro de las setenta y dos horas siguientes, al Ministerio Fiscal, demás partes personadas y al imputado, que deberá estar asistido de letrado por él elegido o designado de oficio”, y “si en tal audiencia alguna parte lo interesase, oídas las alegaciones de todas las partes que concurrieren, el Juez resolverá sobre la procedencia o no de la prisión o libertad provisionales”, debiendo acordar necesariamente la cesación de la detención e inmediata puesta en libertad del imputado si ninguna de las partes lo instase. Finalmente, el penúltimo apartado del mencionado art. 504 bis.2 LECrim. establece que, “si por cualquier razón la comparecencia no pudiere celebrarse, el Juez acordará la prisión o libertad provisional, si concurrieren los presupuestos y estimase riesgo de fuga; pero deberá convocarla nuevamente dentro de las siguientes setenta y dos horas”.

(...)

5. Del precedente relato fáctico resulta que el demandante de amparo, en su condición de detenido, fue puesto por los agentes actuantes a disposición del Juzgado de Instrucción núm. 5, que era el órgano competente para conocer del procedimiento, el día 18 de diciembre de 2001, dentro del plazo previsto en el art. 17.2 CE, y que transcurrió

el plazo de setenta y dos horas que establecen los arts. 497 y 504 bis. 2 LECrim., sin que la autoridad judicial tomara decisión alguna sobre su libertad o prisión, hasta el día 3 de enero de 2002, fecha en la que el órgano judicial, tras la celebración de la audiencia prevista en el art. 504 bis.2 LECrim., decretó su prisión provisional comunicada. La omisión de este pronunciamiento judicial en el plazo legalmente señalado por los mencionados arts. 497 y 504 bis.2 LECrim. determina, en consecuencia, la falta de cobertura legal de la detención del recurrente en amparo a partir del transcurso de dicho plazo de setenta y dos horas, encontrándose desde entonces privado ilegalmente de libertad, por lo que ha de considerarse vulnerado, como consecuencia de aquella omisión jurisdiccional, su derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE). A tal conclusión no empece en modo alguno la circunstancia de que al órgano judicial le pasara inadvertida la puesta a disposición judicial del detenido, pues, como señala el Ministerio Fiscal, tal circunstancia resulta inocua, dado que el juicio constitucional sobre la lesión del derecho a la libertad atiende a la constatación del hecho objeto de la privación ilegal de libertad (STEDH de 14 de octubre de 1999 —asunto Riera Blume contra España), dato que en este caso se presenta como objetivo, acreditado e incuestionable, y vinculado, de una u otra forma, a una actuación u omisión de un poder público, de un órgano del Poder Judicial en este caso, con dominio del hecho que produce la quiebra del derecho.

La vulneración del derecho fundamental no resulta imputable únicamente a aquella omisión jurisdiccional, circunscribiéndose la misma al período que media entre el transcurso del plazo de las setenta y dos horas ex arts. 497 y 405 bis.2 LECrim. y el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 5, de 3 de enero de 2002, en el que se decretó la prisión provisional comunicada del demandante de amparo, sino que se extiende también a esta resolución judicial y a las posteriores que la confirman, dado que la medida

cautelar de la prisión provisional se adoptó una vez transcurrido el plazo legalmente previsto en los mencionados arts. 497 y 504 bis.2 LECrim., sólo dentro del cual podía ser acordada. La lesión, que ha consistido en la ignorancia del plazo dentro del cual el órgano judicial debía de haberse pronunciado sobre la libertad o prisión del detenido, no se subsana o repara por el intempestivo acuerdo adoptado una vez superado dicho plazo.

Cierto es, como se señala en el Auto de la Audiencia Provincial, que una eventual puesta en libertad del demandante de amparo, desde la situación de detención en la que se encontraba, no hubiera impedido al órgano judicial decretar de inmediato la prisión, si concurrieran los presupuestos y requisitos para poder acordarla, ya que así lo permite el art. 539 LECrim., al disponer que “los autos de prisión y libertad provisionales y de fianza serán reformables durante todo el curso de la causa”. Mas debe observarse que el hecho de que una eventual puesta en libertad del demandante de amparo desde la situación de detención en la que se encontraba hubiera podido ser reformada con arreglo a lo dispuesto en el art. 539 LECrim., dado el rigor constitucional de la garantía de la libertad, explicitado en el art. 17.1 CE, no puede considerarse argumento adecuado para salvar una situación, como la que se produjo, cuando en ella faltaba el presupuesto hipotético en el que se apoya dicho argumento; esto es, la previa situación de libertad, acordada al término del plazo máximo de la de detención.

La posibilidad de reforma establecida en el art. 539 LECrim. tiene como presupuesto

normativo de referencia la existencia previa de unos Autos, que, a su vez, deben haber sido dictados de conformidad a la Ley; y eso es algo diferente de que, sobre la base de una situación ilegal de partida, tal ilegalidad pueda ser subsanada mediante la facultad de reforma establecida en dicho art. 539 LECrim. Reformar una situación legal en modo alguno puede equivaler a la subsanación de una situación ilegal. En todo caso debe precisarse que la facultad de reforma aludida no queda ilimitadamente confiada al órgano judicial.

En el caso enjuiciado basta con reparar que, cuando se dictó el Auto por el que se decretó la prisión comunicada del demandante de amparo, éste no se encontraba en situación de libertad ni de prisión (presupuestos de la posibilidad legal de reforma de situación, aludida en el Auto de la Audiencia Provincial), sino de una atípica situación continuada de privación de libertad, y no en aquélla, cuya justificación constitucional y legal sólo podía darse si se hubiera cumplido estrictamente la normativa legal que regula tal privación, de conformidad a lo dispuesto en el art. 17.1 CE. En definitiva, mediante el Auto de 3 de enero de 2002, en vez de reparar la vulneración cometido, lo que se hizo fue mantener la situación de privación de libertad del demandante de amparo, que se había prorrogado intempestivamente y cuya regularización o convalidación no era posible, una vez que se había rebasado, según se dijo, el plazo para poder elevar la detención a prisión provisional del demandante de amparo legalmente establecido ex arts. 497 y 504 bis.2 LECrim.

**Sentencia 88/2003 de la Sala 1.ª del TC de 19 de mayo de 2003
(BOE 10 de junio de 2003) (Recurso de amparo 5040/1998)**

ALLANAMIENTO DE LOCALES PROTEGIDOS.

Art. 635 Código Penal

Ponente: **Excma. Sra. Dña. María Emilia Casas Baamonde**

SÍNTESIS

No lesiona la libertad sindical ni el derecho de reunión la condena por la falta del art. 635 del CP a los líderes sindicales que ocupan pacíficamente locales del Ayuntamiento pese a la comunicación expresa del Alcalde a abandonarlos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

9. (...)

En suma, nos encontramos ante un hecho consistente en permanecer de forma pacífica en los citados lugares del Ayuntamiento de Valladolid por funcionarios adscritos al mismo, sin afectar a su funcionamiento; dichos funcionarios estaban reunidos para apoyar sus reivindicaciones laborales y se disolvieron tres horas después de ser requeridos al efecto, de forma pacífica sin intervención de la fuerza pública. Los sancionados son afiliados a los sindicatos Comisiones Obreras y Unión General de Trabajadores, siendo nueve de ellos miembros de la Junta de Personal funcionario o delegados sindicales.

10. Iniciando el análisis por el examen del derecho de reunión en el ámbito laboral, hemos de precisar que no nos encontramos ante un supuesto de ejercicio del genérico derecho de reunión pacífica y sin armas reconocido en el artículo 21.1 CE, ni tampoco

del genérico derecho de reunión en lugares de tránsito público (art. 21.2 CE), sino ante una concreta manifestación del derecho de reunión que se enmarca en el contexto de las relaciones de trabajo, en particular, el derecho de asamblea de los trabajadores. Si bien este derecho encuentra su cobertura constitucional en el propio artículo 21.1 CE (SSTC 91/1983, de 7 de noviembre, FJ 3; 29/2000, de 31 de enero, FJ 5), hemos reconocido que el derecho de reunión “presenta especialidades cuando se ejercita en el ámbito laboral o del personal al servicio de las Administraciones públicas” (SSTC 18/1981, de 8 de junio; 91/1983, de 7 de noviembre; y 29/2000, de 31 de enero, FJ 5; AATC 869/1988, de 4 de julio, y 565/1989, de 27 de noviembre). Estas especialidades obedecen a su ejercicio en el centro de trabajo ante la posible afectación del funcionamiento de la actividad desarrollada en el mismo y la necesaria colaboración de la empresa o de la Administración para hacerlo efectivo, esto es, a la puesta a disposición de los trabajadores de un espacio donde ejer-

cerlo. Por ello, el ejercicio de este derecho, “como el de todos y cada uno de los derechos constitucionales (STC 6/1988, de 21 de enero), ha de ajustarse a determinadas reglas y límites cuando se ejerce en el seno de la empresa, pues ha de compatibilizarse con los derechos y obligaciones que nacen de la relación de trabajo y, en particular, con los derechos del empresario en cuanto a la dirección y organización del trabajo y sobre los locales y útiles de la empresa” (ATC 869/1988, de 4 de julio, FJ 4).

A garantizar dicha compatibilidad en el ámbito de las relaciones de trabajo prestadas a las Administraciones públicas en virtud de una relación administrativa o estatutaria se ordena la regulación contenida en los arts. 41, 42, y 43 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas. En dichas normas, aplicables al caso que nos ocupa —a pesar de la inconstitucionalidad de la disposición final de dicha Ley por declarar básicos sus arts. 42.1 y 43.1 y la inaplicación de éstos en el País Vasco al resultar viciados de incompetencia, declaradas por nuestra STC 43/1996, de 14 de marzo—, se establece, sustancialmente, quiénes están legitimados para convocar la reunión (art. 41), la preferencia de su autorización fuera de las horas de trabajo y que, en todo caso, la misma no debe perjudicar la prestación de servicios (art. 42) y los requisitos para convocar la reunión —comunicación por escrito con antelación de dos días, indicación del lugar y hora de celebración, así como del orden del día (art. 43).

11. El examen de la legitimidad constitucional del ejercicio del derecho de reunión no se satisface, dada la naturaleza sustantiva del propio derecho invocado, con un mero juicio externo, que verse sobre la razonabilidad de las valoraciones efectuadas por el Tribunal que aplicó la sanción a los recurrentes, sino que requiere aplicar “inmedia-

tamente a los hechos probados las exigencias dimanantes de la Constitución española para determinar si, al enjuiciarlos, han sido o no respetados” (STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 3).

Pues bien, en la declaración de hechos probados de la Sentencia de instancia no consta que no se comunicara con la antelación necesaria la celebración de la asamblea, ni el lugar y hora de la misma, ni su orden del día, lo que sería necesario para considerar ilícita su celebración. Por el contrario, sí aparece probada la falta de consentimiento del Alcalde para que siguiera celebrándose dicha asamblea por entender que se estaba produciendo una importante alteración del normal funcionamiento de los servicios y su advertencia de que a partir del cierre del Ayuntamiento podía incurrirse en el delito de allanamiento de domicilio de persona jurídica. La resolución leída por el Secretario del Ayuntamiento no deja resquicio de duda sobre la inequívoca voluntad del Alcalde en tal sentido. Teniendo en cuenta que es el titular del lugar de celebración de la asamblea, empresario o Administración pública, quien puede, en principio, valorar conforme a pautas de razonabilidad la afectación de su funcionamiento por la asamblea, y siendo dicha afectación el fundamento que puede legitimar la negativa a ceder ciertos espacios, no puede sostenerse que el mantenimiento de la asamblea en la sala de recepciones del Ayuntamiento de Valladolid tras ser comunicada la orden de desalojo del Alcalde constituya ejercicio legítimo del derecho de reunión de los funcionarios del servicio de extinción de incendios y policía local del citado municipio. Como afirmamos en la STC 91/1983, de 7 de julio, (FJ 3), el derecho de reunión no comprende de forma absoluta e incondicionada el derecho a que “un tercero deba poner a disposición de quienes lo ejercitan un local de su titularidad”.

Pero aunque no pueda afirmarse que el ejercicio del derecho de reunión en el ámbito laboral haya sido legítimo, tampoco pue-

de sostenerse que el supuesto es ajeno por completo a este derecho, dado el contexto de negociación colectiva y la finalidad de apoyar las reivindicaciones laborales en las materias citadas —complementos por peligrosidad, salidas a provincias, festivos—, así como el dato de la reunión efectiva de un numeroso grupo de funcionarios de los colectivos mencionados, el tácito consentimiento inicial del Alcalde y la ausencia de alteración del orden público.

De otra parte, tampoco puede afirmarse con rotundidad que el presente supuesto se enmarque en un ámbito absolutamente ajeno a la libertad de acción sindical. En efecto, lo que en todo caso debe tenerse en cuenta es que el derecho de libertad sindical, en su vertiente individual, comprende el derecho de los afiliados a la actividad sindical [art. 2.1.d) LOLS] y que el art. 12 de la Ley Orgánica de libertad sindical sanciona con la nulidad las decisiones unilaterales del empresario que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo por razón de adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos, o al ejercicio, en general, de actividades sindicales. Previsión legal que, de otro lado, recoge lo ya dispuesto en el art. 1.2.b) del Convenio núm. 98 de la Organización Internacional del Trabajo, conforme al cual se protege al trabajador afiliado frente a todo acto empresarial que tenga por objeto perjudicarlo de cualquier forma en razón de su afiliación o de su participación en actividades sindicales.

Asimismo, constituye doctrina reiterada que “este Tribunal ha venido subrayando cómo la libertad de afiliarse a cualquier sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación en el seno de la empresa para defender los intereses a cuyo fin se articulan las representaciones de los trabajadores, necesita de garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obtativo, del ejercicio de esa libertad” (STC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 5; reiterado, entre mu-

chas, en SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 4; 30/2000, de 31 de enero, FJ 2; 44/2001, de 20 de febrero, FJ 5; 84/2002, de 22 de abril, FJ 3). De ahí que, desde la citada STC 38/1981, de 23 de noviembre, hayamos destacado la importancia que tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba para garantizar el derecho a la libertad sindical frente a posibles decisiones empresariales que puedan constituir una discriminación por motivos sindicales. Y que, incluso, hayamos declarado como indicio suficiente para producir la inversión de la carga de la prueba la proximidad o conexión temporal entre la represalia empresarial y el ejercicio de un derecho fundamental por parte de un trabajador (SSTC 87/1998, de 21 de abril, FJ 4; 29/2000, de 31 de enero, FJ 4; 101/2000, de 10 de abril, FJ 5).

El contexto en el que se desarrolla la reunión en el Ayuntamiento de Valladolid —consentida en su inicio y en su completo desarrollo durante tres horas, lícita en su finalidad de transmitir un necesario flujo de información entre los representantes condenados y los afectados, que se desarrolló de modo pacífico, no sólo hasta las 15:30 horas, sino en el periodo de tiempo que transcurrió desde la orden de desalojo para su estudio y a fin de adoptar una decisión consensuada sobre la pertinencia de cesar en el debate de las condiciones laborales como consecuencia de la orden dada y para sopear la virtualidad de la misma a partir del cierre del local público—, así como la condición sindical de todos los sancionados penalmente —afiliados todos ellos a los sindicatos Comisiones Obreras y Unión General de Trabajadores—, evidencia un marco temporal y objetivo de imbricada conexión de los hechos con el derecho de libertad sindical.

12. Es este contexto objetivo de conexión con los derechos de reunión en el ámbito laboral y de libertad sindical el que ha de guiar nuestro examen de la vulneración alegada del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE). Análisis que, como tiene

declarado este Tribunal, debe efectuarse sin invadir esferas de competencias que sólo los Tribunales ordinarios tienen atribuidas, y garantizando, al mismo tiempo, que los órganos judiciales cumplan su cometido jurisdiccional, sin traspasar la frontera de lo razonablemente previsible al interpretar la norma aplicada, velando, en consecuencia, por la seguridad jurídica y el monopolio legislativo en la determinación esencial de lo penalmente ilícito (por todas, SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 126/2001, de 4 de junio, FJ 4).

Como este Tribunal tiene dicho de forma reiterada, la limitada función de control del derecho a la legalidad penal que nos corresponde «toma como punto de partida tanto el dato de que toda norma penal admite variadas interpretaciones como consecuencia natural de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo ..., como el hecho de que la decisión relativa a cuál sea en abstracto o en concreto la interpretación más adecuada del precepto como paso previo a su aplicación, constituye competencia exclusiva de los órganos judiciales ... La tarea que a este Tribunal compete se ciñe, pues, a verificar si la interpretación realizada era una de las interpretaciones posibles de la norma en atención a los valores de seguridad jurídica y monopolio legislativo, supervisando si la interpretación acogida revela su sometimiento a unas reglas mínimas de interpretación que permita sostener que la decisión no era imprevisible para el ciudadano ni constituye una ruptura de la sujeción judicial al imperio de la Ley ... El referente de este parámetro de razonabilidad se ha concretado por este Tribunal en este ámbito en “el respeto a los términos de la norma aplicada, a las pautas axiológicas que conforman nuestro ordenamiento constitucional y a los criterios mínimos que impone la lógica jurídica y los modelos de argumentación adoptados por la propia comunidad

jurídica”» [STC 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; ya en sentido similar en SSTC 111/1993, de 25 de marzo; 151/1997, de 29 de septiembre; 189/1998, de 28 de septiembre; cfr. además, SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4.a); 167/2001, de 16 de julio, FJ 3; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12; 13/2003, de 28 de enero, FFJJ 2 y ss].

13. Con fundamento en la doctrina constitucional expuesta, hemos de afirmar que no compete a este Tribunal dirimir polémicas doctrinales o judiciales sobre la interpretación óptima de la norma aplicada, ni tampoco afirmar la existencia de interpretaciones alternativas más favorables a los acusados (por todas STC 126/2001, de 4 de junio, FJ 6). Como acabamos de recordar, este Tribunal ha de limitarse a examinar si la interpretación realizada era una de las posibles atendiendo al tenor literal de la norma aplicada, a las pautas axiológicas que conforman nuestro ordenamiento constitucional y a los criterios mínimos que imponen la lógica jurídica y los modelos de argumentación adoptados en la propia comunidad jurídica; de modo que el sometimiento a dichos parámetros garantiza que la decisión judicial de aplicación de la norma no sea imprevisible para el ciudadano ni constituya la ruptura de la exigencia constitucional de sujeción estricta del órgano judicial al imperio de la Ley. Por consiguiente, el análisis de esta vulneración ha de partir de la interpretación de la norma realizada por el órgano judicial que condenó a los recurrentes, y no de la efectuada por los demandantes de amparo o por el Juzgado de Instrucción que decidió la absolución de éstos.

La Audiencia Provincial de Valladolid entendió que el bien jurídico protegido en la falta regulada en el art. 635 CP era la inviolabilidad del domicilio de la persona jurídica, que su titular era el Alcalde, y que, expresada la voluntad contraria de éste a la permanencia en el Ayuntamiento de los funcionarios del servicio de extinción de incen-

dios y de la policía local, se habían de considerar concurrentes todos los elementos de la infracción penal. Pues bien, partiendo del tenor literal del precepto —“serán castigados con las penas de arresto de uno a cinco fines de semana y multa de uno a dos meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional y oficina, o establecimiento mercantil o local abierto al público”— puede afirmarse que la interpretación realizada lo ha respetado, por lo que no es formalmente extensiva del mismo.

Ahora bien, el que la interpretación de la norma y la subsunción de hechos en la misma no sea ajena al significado literal de aquella no garantiza siempre que la decisión sancionadora se ajuste a las exigencias dimanantes del derecho a la legalidad penal, esto es, a la garantía de previsibilidad en cuanto posibilidad de programar la conducta, pues “el lenguaje es relativamente vago o versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas STC 111/1993), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad” (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7, citando las SSTC 62/1982, de 15 de octubre, y 53/1984, de 3 de mayo). Por ello hemos afirmado que “son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios” (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; por todas en igual sentido STC 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3).

14. Desde esta perspectiva, procede ahora examinar finalmente si, más allá de la adecuación de la resolución judicial impugnada al tenor literal del art. 635 CP, su aplicación a los hechos declarados probados se opone esencialmente a su orientación material teniendo en cuenta el soporte metodológico y axiológico en que se asienta, así como la garantía de previsibilidad que sustenta el principio de legalidad. En este contexto, resulta especialmente relevante si el órgano judicial ha ponderado los derechos fundamentales en conflicto al aplicar el tipo penal, pues, cuando con la aplicación de una norma penal puede resultar afectada una conducta conectada con un derecho fundamental de carácter sustantivo, como ocurre en el presente caso con el derecho de libertad sindical, no basta con razonar a partir de la literalidad del precepto penal, sino que resulta necesario efectuar una ponderación expresa de los derechos y bienes constitucionales implicados. Dicho de otro modo, cuando una infracción penal no menciona ni se refiere literalmente al ejercicio de derechos fundamentales y, dado su amplio y vago tenor literal, no excluye expresamente su aplicación a conductas realizadas en el ejercicio de un derecho fundamental o conectadas objetivamente con un derecho fundamental, no puede sostenerse que el legislador ha efectuado una ponderación de los derechos concernidos, sino, por el contrario, ha de entenderse que ha dejado al órgano judicial dicha labor de ponderación a la luz de las circunstancias del caso.

Por consiguiente, aunque la dicción del art. 635 CP no excluya expresamente que los trabajadores de una empresa o los trabajadores y funcionarios de una Administración pública puedan incurrir en la conducta tipificada y ser sancionados, ello no significa que la sanción penal impuesta a los representantes sindicales que se mantuvieron en los locales del Ayuntamiento fuera de sus horas de apertura sin consentimiento de su

titular pueda sustentarse única y exclusivamente en que la literalidad del art. 635 CP no impide su aplicación a los trabajadores de los lugares mencionados en dicho precepto. El órgano judicial no puede ampararse en el tenor literal de la ley para aplicar la infracción penal a los representantes sindicales, sino que habrá de valorar expresamente los hechos y la aplicación de la norma penal teniendo en cuenta la alegada afectación de los derechos que nuestra Constitución reconoce a los funcionarios y a sus legítimos representantes. Mayor esfuerzo de argumentación es exigible a los órganos judiciales cuando se trata no sólo de aplicar esta norma penal a los trabajadores y funcionarios, sino como sucede en el caso, únicamente a los afiliados a los sindicatos, conocidos por su actividad sindical y miembros, gran parte de ellos, de la Junta de Personal. El órgano judicial, ante la alegación de discriminación por razón de afiliación y actividad sindical de los acusados, debe considerar también en la ponderación que efectúe que la sanción penal impuesta exclusivamente a los representantes sindicales y afiliados produce un resultado formalmente selectivo, ya que, en el caso, en los hechos probados constaba expresamente que en el Ayuntamiento de Valladolid estuvieron “un grupo numeroso de funcionarios ... entre los que se encontraban” los acusados, y no solamente éstos.

Pues bien, en el caso que resolvemos, hemos de concluir que la Audiencia Provincial de Valladolid realizó la ponderación constitucionalmente requerida. En efecto, el órgano judicial tuvo en cuenta el contexto objetivo de negociación colectiva y actividad sindical al señalar que no parece que “una deliberación y toma de posición sobre el Decreto que había firmado el Alcalde, ordenando el desalojo de la casa consistorial sea propio de una negociación colectiva”, y al referirse a la falta de constancia de los requisitos legales de la reunión diciendo que “no consta en las actuaciones que la reunión en el salón de recepciones hubiese sido co-

municada con la necesaria antelación al titular de la empresa, ni existe constancia de la previa existencia de un orden del día de la misma”. A ello añade: “El principio de proporcionalidad no puede prevalecer sobre el principio de legalidad, que constituye el eje en torno al cual gira el derecho penal; uno de cuyos principios es también el de intervención mínima, mas ello no puede condicionar una sentencia absolutoria, precisamente por el imperio del principio de legalidad cuando existen unos hechos que están tipificados por el legislador en el C. Penal, y esto es lo que acaece en los hechos que nos ocupan, sancionados a raíz del C. Penal de 1995 en el art. 635 del C. Penal” (fundamento de Derecho primero).

De otra parte, también tomó en consideración la Audiencia Provincial de Valladolid el eventual efecto discriminatorio, dado que argumentó que el resultado, esto es, la sanción penal impuesta sólo a los representantes sindicales y afiliados a los sindicatos se debía a que eran los únicos que habían sido formalmente acusados, apelando, por tanto, a los límites del principio acusatorio en los siguientes términos: “Son autores de dicha falta todas las personas acusadas por el Ministerio Fiscal, por su participación voluntaria, material y directa en los hechos, sin que concurren causas modificativas de la responsabilidad criminal. Tal autoría viene acreditada por sus propias declaraciones, y la testifical obrante en las actuaciones. No podemos olvidar, que en el juicio de faltas, al igual que en todo proceso penal, rige el principio acusatorio, por lo que no puede condenarse a personas distintas a las acusadas, y el hecho de que hubieren sido más personas que los acusados, los que se encontraban en el lugar de los hechos, no puede motivar una sentencia absolutoria para los que estando, han sido identificados, y con su conducta han incurrido en una infracción penal” (fundamento de Derecho segundo).

En estas circunstancias, ha de entenderse que la subsunción de los hechos en el precepto penal no lesiona el derecho funda-

mental a la legalidad penal (art. 25.1 CE), ni en sí mismo considerado ni en relación con los derechos de reunión en el ámbito laboral (art. 21.1 CE) y de libertad sindical (art.

28.1 CE) de los recurrentes, ya que ni exce- de el tenor literal de la norma ni es ajena a la ponderación de los derechos fundamentales implicados.

**Sentencia 95/2003 del Pleno del TC de 22 de mayo de 2003
(BOE 10 de junio de 2003) (Recurso de inconstitucional 1555/1996)**

DERECHO A LA JUSTICIA GRATUITA DE LOS EXTRANJEROS.

Art. 2, apartado a) Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita

Ponente: **Excmo. Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez**

SÍNTESIS

Inconstitucionalidad parcial del art. 2 a) de la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita, que tratándose de extranjeros restringe tal derecho a los que residan legalmente en España.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. En el presente proceso de inconstitucionalidad el Defensor del Pueblo impugna el inciso “que residan legalmente en España” del apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (LAJG), en la medida en que excluye de tal derecho a los extranjeros que se encuentren en España de forma ilegal, vulnerándose así el art. 24 CE al no respetar el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El precepto impugnado dispone:

“Artículo 2.º Ámbito personal de aplicación.—En los términos y con el alcance

previstos en esta Ley y en los Tratados y Convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita: a) Los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar.”

En la demanda se duele el Defensor del Pueblo de que, como consecuencia de que el derecho a la asistencia jurídica sólo se reconozca con plenitud a los extranjeros legalmente residentes, los que se encuentran ilegalmente en España sólo gozan de asistencia letrada y asistencia y representación gratuitas en los procesos penales [apartado

e) del propio art. 2] y contencioso-administrativos referentes al derecho de asilo [apartado f) del mismo artículo]. De este modo quedarían fuera de la cobertura del derecho de asistencia jurídica gratuita todas aquellas cuestiones que afectan al status personal de los extranjeros que no residan legalmente y que no guarden relación con la jurisdicción penal ni con el derecho de asilo.

En concreto la legislación de extranjería contempla la sanción de expulsión, para cuya impugnación es competente la jurisdicción contencioso-administrativa. Ahora bien, como para acudir a tal jurisdicción es preceptiva la asistencia jurídica de Letrado y eventualmente de Procurador, en el caso de que el extranjero que se encuentra ilegalmente en España no disponga de recursos económicos para procurarse la asistencia de los referidos profesionales, como no se le reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita por los preceptos ahora recurridos de inconstitucionalidad la consecuencia es que, de hecho, se le impide ejercitar su derecho a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y obtener así una resolución judicial sobre la adecuación a Derecho de unas actuaciones administrativas que tan de lleno le afectan.

(...)

3. Centrada así la cuestión en si resulta o no contraria al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE la exclusión del derecho a la asistencia letrada de oficio (a la que se refiere el Defensor del Pueblo, pero que constituye una prestación incluida el más amplio concepto legal de asistencia jurídica gratuita) de los extranjeros que no se hallen residiendo legalmente en España, comenzaremos por recordar nuestra jurisprudencia sobre la conexión instrumental entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva. Esta precisión resulta necesaria en la medida en que el Defensor del Pueblo sitúa el reproche de inconstitucionalidad en el derecho a la tutela judicial efectiva, sin

alusión expresa al art. 119 CE que consagra el derecho a la gratuidad de la justicia en los casos en los que así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Ahora bien, la argumentación del recurrente se desenvuelve en torno a la repercusión que la falta de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita a los citados extranjeros tiene sobre el derecho a la tutela judicial efectiva de éstos, por lo que, sin citar el art. 119 CE, es llano que se está introduciendo también el contenido normativo de este precepto constitucional como elemento de contraste con la norma legal impugnada de inconstitucionalidad.

La relación existente entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de quienes carecen de recursos económicos para litigar (art. 119 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) ha sido puesta de manifiesto por este Tribunal en no pocas ocasiones. Así, en la reciente STC 183/2001, de 17 de septiembre, recordando la doctrina sentada en la STC 117/1998, de 2 de junio, afirmábamos que: “el art. 119 CE, al establecer que ‘la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar’, consagra un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE, pues ‘su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna ‘persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar’ (STC 138/1988)” (STC 16/1994, FJ 3). Ahora bien, del propio tenor del inciso primero del art. 119 CE, según el cual la justicia será gratuita ‘cuando así lo disponga la ley’, se desprende que no nos hallamos ante un derecho absoluto e ilimitado. Por el contrario se trata de ‘un derecho prestacional y de configuración legal, cuyo contenido y con-

cretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esa naturaleza, corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias' (STC 16/1994, FJ 3). En consecuencia, 'el legislador podrá atribuir el beneficio de justicia gratuita a quienes reúnan las características y requisitos que considere relevantes, podrá modular la gratuidad en función del orden jurisdiccional afectado —penal, laboral, civil, etc.—, o incluso del tipo concreto de proceso y, por supuesto, en función de los recursos económicos de los que pueda disponer en cada momento' (STC 16/1994, FJ 3). La amplia libertad de configuración legal que resulta del primer inciso del art. 119 CE no es, sin embargo, absoluta, pues el inciso segundo de dicho precepto explícitamente declara que la gratuidad de la justicia se reconocerá 'en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar'. Existe, por consiguiente (como también señalamos en la STC 16/1994, FJ 3), un 'contenido constitucional indisponible' para el legislador que obliga a reconocer el derecho a la justicia gratuita necesariamente a quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar" (STC 117/1998, FJ 3).

4. A la vista de lo anteriormente expuesto hemos de preguntarnos ahora si el legislador ha respetado el contenido constitucional indisponible que garantiza el art. 119 CE, al configurar el derecho a la asistencia jurídica gratuita de modo tal que los extranjeros que no reúnan la condición de residentes legalmente en España, pese a acreditar insuficiencia de recursos para litigar, resultan excluidos del derecho a la gratuidad de la justicia. De no haberlo respetado, la norma impugnada, no sólo vulneraría el art. 119 de la Constitución, sino que supondría también una quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el art. 24.1 CE.

Las claves para resolver esta cuestión fueron ya apuntadas en la STC 16/1994, de 20 de enero, al resolver una cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts. 14 y 15 LEC, en la redacción dada por la Ley 34/1984 (preceptos que hoy se encuentran derogados). Los criterios en aquella ocasión apuntados determinaron después, ya de forma explícita en la STC 117/1998, de 2 de junio, un pronunciamiento de este Tribunal que circunscribe a las personas físicas el contenido indisponible del derecho a la asistencia jurídica gratuita, de suerte que resulta compatible con la tutela judicial efectiva la decisión del legislador de reconocer el indicado derecho tan sólo a ciertas personas jurídicas. En la primera de las resoluciones aludidas el Pleno de este Tribunal consideró que el contenido indisponible que encierra el art. 119 CE: "sin necesidad de definirlo de forma exhaustiva, supone, sin duda, que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso (incluidos los honorarios de los Abogados y los derechos arancelarios de los Procuradores, cuando su intervención sea preceptiva o necesaria en atención a las características del caso) sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos. Dicho en otras palabras, deben sufragarse los gastos procesales a quienes, de exigirse ese pago, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar" (STC 16/1994, FJ 3).

De lo anteriormente expuesto se deduce que toda persona física que sea titular del derecho a la tutela judicial efectiva habrá de gozar del derecho a la gratuidad de la justicia si carece de los recursos suficientes para litigar en los términos en los que este concepto jurídico indeterminado sea configurado por el legislador ordinario. Como hemos dicho en otras ocasiones, corresponde al legislador, dentro del amplio margen de liber-

tad de configuración que es propio de su potestad legislativa, la concreción de este concepto normativo. “Puede, por ejemplo, fijarlo a partir de criterios objetivos, como el de una determinada cantidad de ingresos, u optar por un sistema de arbitrio judicial dejándolo a la decisión discrecional de los Jueces o de éstos y otras instancias, o puede utilizar fórmulas mixtas limitándose a establecer las pautas genéricas que debe ponderar el Juez al conceder o denegar las solicitudes de gratuidad (número de hijos o parientes a cargo del solicitante, gastos de vivienda, características del proceso principal, etc.)” (STC 16/1994, de 20 de marzo). Ahora bien, una vez que el concepto “insuficiencia de recursos para litigar” empleado por el art. 119 CE resulta concretado por el legislador, todas las personas físicas titulares del derecho a la tutela judicial efectiva habrán de poderse beneficiar del derecho prestacional a la gratuidad de la justicia (insistimos: del modo y manera en que lo configura el legislador) si en ellas concurre tal insuficiencia de recursos.

Dicho de otro modo, la privación por el legislador del derecho a la gratuidad de la justicia a un grupo de personas físicas que reúnan las condiciones económicas previstas con carácter de generalidad para acceder a tal derecho implica una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al que, de forma instrumental, ha de servir el desarrollo legislativo del art. 119 CE, pues si no se les reconociese el derecho a la gratuidad de la justicia su derecho a la tutela judicial efectiva resultaría meramente teórico y carecería de efectividad.

5. Con respecto al derecho fundamental cuya vulneración se denuncia en el presente recurso de amparo ha de observarse que este Tribunal, ya desde la STC 99/1985, de 30 de septiembre, de la que se hizo eco la STC 115/1987, de 7 de julio, ha reconocido a los extranjeros, con independencia de su situación jurídica, la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva.

(...)

6. Pues bien, a tenor de la norma impugnada, a los extranjeros que, sin tener la condición de residentes legalmente en España, pretenden impugnar alguna de las resoluciones administrativas a las que se refiere el Defensor del Pueblo en su recurso no puede reconocérseles el derecho a la asistencia jurídica gratuita pese a que reúnan las condiciones económicas que, en otro caso, les permitirían acceder a tal beneficio. De otra parte, el art. 23 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (al igual que el art. 33 de la anterior Ley de 1956), exige para la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de las resoluciones a las que se refiere el Defensor del Pueblo que las partes se encuentren representadas por Procurador y defendidas por Letrado. El incumplimiento de este requisito afecta a la validez de la comparecencia y, tras el correspondiente requerimiento de subsanación, desemboca, según el art. 45.3 de la indicada Ley, en el archivo de las actuaciones, sin posibilidad de obtener, por tanto, una resolución sobre el fondo de las pretensiones que se intenten deducir ante la jurisdicción ordinaria. De ahí que, si el extranjero no residente legalmente en España no dispone de recursos suficientes para procurarse Abogado que le defienda y Procurador que le represente, verá cerrado su acceso a la jurisdicción y no podrá someter al control de ésta la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 CE) en un aspecto que le concierne directamente, como es su status de extranjero (permisos de residencia, trabajo, exenciones de visado, etc.), y que puede desembocar en su expulsión del territorio nacional. Ello supone, sin duda, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, del que, como se dijo, son titulares todas las personas (también los extranjeros no residentes legalmente en España), vulneración que, al resultar de la propia norma legal, hace que ésta incida en el vicio de inconstitucionalidad.

7. Finalmente han de realizarse dos precisiones en cuanto al alcance de la declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada.

La primera tiene que ver con la alegación del Abogado del Estado, según la cual la estimación del recurso y la anulación del inciso “que residan legalmente en España” llevaría al reconocimiento universal del derecho a la asistencia jurídica gratuita a toda persona extranjera que, reuniendo los requisitos económicos legalmente previstos, quisiera litigar ante los Juzgados y Tribunales españoles, ya se encontrase en España, ya en el extranjero.

Pues bien, para efectuar el enjuiciamiento que en este momento nos compete, ha de observarse que la extensión del ámbito tuitivo del beneficio de justicia gratuita en los términos apuntados por la representación procesal del Estado conduciría a unos resultados que desde luego no vienen exigidos por el texto constitucional, cuya eficacia normativa se contrae a su ámbito propio de aplicación. Ello permite concluir que la anulación de la palabra “legalmente” contenida en el precepto impugnado conjura el riesgo de que a la norma se le atribuya un alcance desconectado por completo del vicio de inconstitucionalidad que en ella se aprecia.

Adicionalmente debemos precisar, coherentemente con la fundamentación jurídica de esta Sentencia, que la expresión “que residan (en España)” habrá de entenderse referida a la situación puramente fáctica de los que se hallan en territorio español, sin que quepa atribuir a la referida expresión un significado técnicamente acuñado de residencia autorizada administrativamente al que se refería el art. 13.1.b) de la Ley Orgánica

7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, vigente al tiempo de la impugnación, y al que hoy alude el art. 29.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, pues, de lo contrario, se vaciaría por completo el sentido y alcance de la declaración de inconstitucionalidad que debemos realizar.

8. La segunda precisión anunciada tiene que ver con la extensión de los procesos en que resulta reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita como consecuencia de la parcial declaración de inconstitucionalidad del precepto impugnado. Al apreciarse inconstitucionalidad en la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia, los extranjeros que se encuentren en España y reúnan las condiciones requeridas legalmente para ello podrán acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación. Aunque pudiera cuestionarse que el recurso del Defensor del Pueblo tenga dicho alcance general, así resulta de la estimación del mismo, y, si bien se mira, el supuesto planteado por el Defensor del Pueblo no es sino uno más de los posibles en los que un extranjero, con independencia de la regularidad administrativa de su situación, tiene legitimación para acudir a los Tribunales en defensa de su pretensión. Conforme a ello hemos de concluir que el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros venía cercenado por la norma impugnada en el caso de que careciesen de recursos económicos, en la medida legalmente prevista, para litigar.

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 115/2003, Sala de lo Penal del TS, de 3 de febrero de 2003

RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.

Art. 42 Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo**

SÍNTESIS

Tras señalar la naturaleza y ámbito de aplicación del recurso de casación para unificación de doctrina se declara que la sentencia estimatoria que en él recaiga tendrá necesariamente efectos revocatorios materiales en el caso de que la doctrina asumida favorezca al menor.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

El recurso de casación para unificación de doctrina, establecido e insuficientemente

regulado por el art. 42 LRPM, es un remedio extraordinario cuya finalidad es reforzar, a través de la jurisprudencia de esta Sala, la garantía de la unidad de doctrina —y consiguientemente del principio de seguridad ju-

ridica y del derecho a la igualdad de todos ante la ley— en el ámbito del derecho sancionador de menores. Debe entenderse que la naturaleza extraordinaria de este recurso no sólo se manifiesta en su carácter tasado—sólo puede ser interpuesto para resolver, en determinados supuestos de especial gravedad, las contradicciones doctrinales a que se refiere el apartado 2 del art. 42 LRPM— sino en su carencia de efecto suspensivo por lo que es acertada, en este punto, la doctrina mantenida en la resolución recurrida según la cual las sentencias dictadas en apelación por las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia —o, en su defecto, por las Secciones de las Audiencias Provinciales constituidas en Salas de Menores— alcanzan firmeza desde el mismo momento de su pronunciamiento. El derecho a una segunda instancia reconocido a todo sentenciado en causa penal por el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos está satisfactoriamente garantizado, en el derecho sancionador de menores, por el recurso de apelación establecido en el art. 41 LRPM, que es de pleno conocimiento, de lo que es legítimo deducir que, aun quedando limitadamente abierta la posibilidad de impugnar en algunos casos las Sentencias resolutorias de la apelación, las mismas deben tener la condición de ejecutorias tan pronto sean dictadas. Lógica consecuencia de la inmediata firmeza de dichas sentencias es que las medidas cautelares que hubieran sido acordadas por el Juez de Menores durante la tramitación del expediente para la custodia y defensa del menor expedientado, deberán cesar al dictarse la Sentencia y ser sustituidas, en su caso, por la medida o medidas de reforma impuestas en ella, lo que obliga a interpretar el último inciso del art. 28.1 LRPM, en que se prevé el mantenimiento de la medida cautelar “durante la sustanciación de los eventuales recursos”, excluyendo de estos el que estamos examinando. Esta solución se encuentra abonada además, de un lado, por la dificultad que ofrecería en no pocos casos resolver y tramitar las dos instancias del procedimiento

reformador y el recurso de casación en los seis meses que fija el art. 28.3 LRPM para la duración máxima de la medida cautelar de internamiento y, de otro, por la finalidad que a ésta y a las demás medidas cautelares se asigna en el art. 28.1 LRPM. Si entre dichas finalidades se encuentra la defensa del menor expedientado, parece lo más prudente que no sea preceptivo poner fin a un internamiento cautelar por el hecho de que la interposición del recurso de casación determine el agotamiento del plazo legal de seis meses.

Ahora bien, lo que acabamos de decir no significa que el recurso para unificación de doctrina pueda ser equiparado, como se sostiene en la Sentencia recurrida, al recurso en interés de ley arbitrado en el art. 490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a los meros efectos de conseguir la deseable unidad jurisprudencial pero sin asignarle, caso de ser estimado, efectos revocatorios de clase alguna. Hay que reconocer que el art. 42.7 LRPM, al decir que la sentencia de casación producirá “los efectos señalados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, no resuelve los problemas que suscita su interpretación toda vez que en la citada Ley no se regula el recurso de casación para unificación de doctrina, pero sí permite descubrir una línea de orientación si referimos aquellos efectos al recurso de casación por infracción de ley en el que, si se estima y casa la sentencia recurrida, la Sala debe dictar a continuación, separadamente, la sentencia que proceda conforme a derecho. La Audiencia Provincial que dictó la Sentencia sometida a nuestra censura entiende que el marco de referencia válido para determinar la naturaleza del recurso de casación para unificación de doctrina e integrar su incompleta regulación, es el recurso en interés de ley instaurado en la Ley de Enjuiciamiento Civil y no el recurso para unificación de doctrina regulado en el art. 216 y ss. del texto refundido de la Ley de Procedimiento laboral aprobado por RD Legislativo 2/1995. Razona dicho Tribunal que a la Sentencia que dictare la Sala de lo

Social del Tribunal supremo no se le podría dejar de asignar efectos revocatorios porque las decisiones de esa jurisdicción, si no son homogéneas, pueden acarrear “graves consecuencias nacionales en el uniforme mundo de las relaciones socio-económicas, laborales, sindicales, de convenios colectivos... etc; que no se pueden equiparar a las decisiones que afectan al mundo individual de una persona sometida a la jurisdicción de menores”. Esta Sala no comparte tal opinión. Por trascendentes que puedan ser las consecuencias de una resolución dictada en el orden jurisdiccional social, no lo son menos, desde una perspectiva estrictamente constitucional, las que pueden derivarse de una sentencia en que a un menor se le imponga, por el órgano especializado del orden jurisdiccional penal, un internamiento de reforma en régimen cerrado que consiste en una verdadera privación de libertad. Es por ello por lo que una sentencia estimatoria del recurso para unificación de doctrina interpuesto contra la Sentencia de una Sala de Menores tendrá necesariamente efectos revocatorios materiales si, con ocasión del examen de las contradicciones que son objeto del recurso, se llega a la conclusión de que debe prevalecer, en favor del menor en cuyo nombre se ha interpuesto la alzada, la doctrina mantenida en la sentencia o sentencias de contraste que se declara más conforme a derecho. Sólo en el caso, podemos decir, de que la doctrina asumida favorezca al menor pues ello parece ser ineludible exigencia de la firmeza de la sentencia recurrida, circunstancia ésta que aproxima la naturaleza del recurso de casación por unificación de doctrina a la del llamado recurso de revisión. En el nuevo recurso el interés de la ley no está, pues, dissociado del interés del

menor por cuya razón, los modelos que han de ser tenidos en cuenta, para la interpretación de los puntos que en la regulación legal han quedado oscuros o insuficientemente resueltos pese a la primordial remisión a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, han de ser, de una parte, el recurso para unificación de doctrina regulado en el art. 216 y ss. del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral y, de otra, el recurso de revisión regulado en los arts. 954 y ss. LECr.

En definitiva (...) debemos declarar:

A) La interposición del recurso de casación para unificación de doctrina, establecido en el art. 42 LRPM, no suspende la firmeza de la Sentencia recurrida, dictada por la Sala de Menores que conoció del recurso de apelación interpuesto contra la dictada por el Juez de Menores.

B) Es ajustado a derecho, en consecuencia, declarar la firmeza de la Sentencia de la Sala de Menores una vez pronunciada, acordar el cese de la medida cautelar que pudiese haber sido adoptada durante la tramitación del expediente y ordenar, en su caso, la ejecución de la medida de reforma impuesta en dicha Sentencia.

C) Si el recurso de casación para unificación de doctrina fuese estimado, la Sala que resuelva el recurso dictará nueva Sentencia ajustando la situación creada por la recurrida a la doctrina que se haya declarado más ajustada a derecho, siempre que ésta resultare más favorable al menor sometido a reforma.

D) En ningún caso los pronunciamientos de la Sentencia de casación alcanzarán a las situaciones jurídicas creadas por resoluciones precedentes a la recurrida.

Sentencia 107/2003, Sala de lo Penal del TS, de 4 de febrero de 2003

NEGATIVA A SOMETERSE A LA PRUEBA DE ADN.

Art. 24.2 CE

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín**

SÍNTESIS

La negativa a someterse a la prueba de ADN supone una actitud procesal susceptible de valoración racional y lógica que, si bien por sí sola no tiene virtualidad probatoria, conectado con el resto de la prueba puede reforzar las conclusiones obtenidas por el órgano juzgador.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

Uno de los datos manejados por el jurado y reflejados en la sentencia redactada por el Magistrado Presidente, es el relativo a la negativa del acusado, al que afecta especialmente este motivo, a someterse a la prueba del ADN, tal como se había realizado con el otro acusado. La sentencia maneja un término, que se ha acuñado por la jurisprudencia y que estimamos que no responde de manera adecuada a la naturaleza de las actitudes reticentes de los acusados y que se plasma en la expresión *contraindicio*. Desde un punto de vista etimológico es precisamente lo contrario al *indicio*, por lo que su verdadera configuración probatoria, es la de un comportamiento o actitud cuyas consecuencias, en cada caso concreto y según sus particulares incidencias, puede y debe ser considerado, como un dato o elemento de hecho más, de los que dispone el Tribunal para establecer sus conclusiones, partiendo de la base que esta forma de actuar deja abierta la

posibilidad de decantarse por dos hipótesis alternativas y contradictorias. En estos casos el órgano juzgador, debe optar por la opción, que reciba un apoyo relativamente mayor, sobre la base de su complementación con los restante elementos de prueba disponibles en la causa.

5. La sumisión a una prueba que supone una invasión de la integridad corporal del sospechoso, como la que supone la extracción de sangre o de cualquier otro tejido o sustancia corporal para realizar un análisis científico, puede ofrecer colisiones con el respeto a la integridad corporal y con el derecho que tiene todo acusado, a no colaborar con las autoridades encargadas de la investigación y de no facilitar pruebas que pudieran incriminarle.

Esta posibilidad ha abierto un debate interesante, desde el punto de vista de la salvaguarda de los derechos de toda persona involucrada en un proceso penal y ha sido resuelto, de forma diferente, por los diversos sistemas procesales de nuestro común acervo jurídico y cultural.

Desde nuestra perspectiva constitucional y jurisprudencial, se ha dicho por esta Sala, que la prueba del ADN no puede ser admitida como válida, cuando la decisión de la intervención no está amparada por una resolución judicial, debidamente razonada y escrupulosamente proporcional a la naturaleza del delito perseguido y a los medios disponibles para la investigación.

Según la opinión mayoritaria de la doctrina, avalada por decisiones del Tribunal Constitucional (STC 29 de Noviembre de 1984 y 19 de Febrero de 1992) no es admisible la utilización de fuerza física o cualquier otra actitud compulsiva o coactiva sobre la persona, para que ésta se preste a la práctica de la prueba, decidida por la autoridad judicial, debiendo respetarse la autonomía de la decisión por parte del afectado.

Como señala el Ministerio Fiscal tanto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia 8 de Febrero de 1996, Caso Murray) y alguna referencia indirecta de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1989 mantienen que, cuando la negativa a someterse a la prueba del ADN, carece de justificación o explicación suficiente, teniendo en cuenta que se trata de una prueba que no reporta ningún perjuicio físico y que tiene un efecto ambivalente, es decir puede ser inculpatario o totalmente exculpatario, nada impide valorar racional y lógicamente esta actitud procesal como un elemento que, por sí sólo, no tiene virtualidad probatoria, pero que conectado con el resto de la prueba puede reforzar las conclusiones obtenidas por el órgano juzgador.

Sentencia 135/2003, Sala de lo Penal del TS, de 4 de febrero de 2003

DETENCIÓN ILEGAL. ERROR DE TIPO.

Arts. 14 y 167 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano**

SÍNTESIS

Frente a la condena dictada por la Sala de instancia, el Tribunal Supremo absuelve, por concurrir un error de tipo, a unos policías municipales que detienen a un sujeto en estado de embriaguez para evitar que se ponga al volante de su vehículo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

2. El impugnante justifica, y parece estar en lo cierto, aunque lo sea desde el punto

de vista formal, que el elemento objetivo del tipo, de naturaleza normativa, y que constituye la esencia de la configuración antijurídica del delito, no concurre. El tipo objetivo (art. 167 C.P.) lo expresa con la frase “**fuera**

de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito”.

La concurrencia de ambos condicionamientos, ha creado ciertos problemas interpretativos, que deberán resolverse de acuerdo con la más caracterizada doctrina científica, entendiendo que la frase “mediar causa por delito” es equivalente a practicarse la detención “por causa de delito” o “en forma preordenada a un proceso penal”, no necesariamente en el curso del mismo, una vez abierto. De lo contrario se daría la paradoja de que en ciertas hipótesis nuestra ley Ritualaria Penal justifica la detención (la permite a los particulares y obliga a practicarla a las autoridades o agentes de la Policía Judicial), sin la correspondiente existencia previa de procedimiento policial o judicial por delito (repárese en los supuestos 1.º y 2.º del 490 y n.º 4 del 452 L.E.Cr.).

3. Como causa justificante de la detención o determinante de la atipicidad de la conducta, habría que hacer referencia a la posible comisión de un delito contra el tráfico viario, antes de que el conductor fuera detenido por los agentes de la policía local, cuando se dirigía al vehículo con signos evidentes de hallarse ebrio.

(...)

4. Sin embargo, a pesar de tal amparo formal, la conducta desplegada, al proceder a la detención, no se halla plenamente justificada, si los sujetos activos, en una consideración prudente a la hora de limitar el derecho de libertad ajeno, se hubieran planteado la conveniencia de adoptar una medida distinta desde los principios de proporcionalidad, subsidiariedad y excepcionalidad, que deben regir en materia de detención y prisión preventiva. Hubiera bastado con identificar al conductor y formular la correspondiente denuncia, para que la policía judicial competente iniciara las correspondientes diligencias, si lo estimaba oportuno. Ello referido a la secuencia previa a todo lo demás ocurrido en el local “Media Luna”, pues en tal local las libaciones de bebidas alcohólicas por parte del tercero aumentaron, hasta

alcanzar un estado de ostensible embriaguez.

(...)

9. Lo argumentado hasta el momento permitiría concluir que nos hallamos ante un caso de detención de los no permitidos por la Ley (fuera de los casos permitidos por la Ley). Pero el cúmulo de circunstancias concurrentes, dan sobrada base para entender que falta el dolo necesario, que no aflora ni en hechos probados ni en fundamentos jurídicos.

Esta Sala ya anticipó, en un delito de esta naturaleza, que el dolo específico que exige la detención ilegal “supone la conciencia plena, absoluta y segura que tiene el sujeto activo de que la detención que realiza es ilegal”, esto es, “conciencia de que el acto es antijurídico en su inicio, en su realización, en su ejecución, en su proyección global, y finalmente, en su conclusión” (S. n.º 53 de 18-enero-1999) y tal situación no es la que la sentencia recurrida refleja.

Los jóvenes agentes, de escasa experiencia en la profesión, advierten como una persona llamativa y ostensiblemente en estado de embriaguez, se dirige al coche con intención de emprender la marcha (conclusión razonable).

Conocedores del deber de impedir la comisión del delito, detienen al autor en estado de embriaguez, en evitación de los riesgos que iba a ocasionar para los demás usuarios de la vía, incluso para sí mismo, poniendo en peligro su vida e integridad corporal.

Esperar a que condujera el móvil, es tanto como tolerar la comisión de un delito que pudieron impedir. Ahora bien, a falta de justificación de tal conducta o de datos en que sustentar la inferencia de la Sala, hemos de admitir, que los acusados se hallaban en la creencia, de que podían actuar de tal guisa, consecuencia de un exceso de celo.

(...)

La ausencia de dolo, debido al error o deficiente interpretación de la situación verificada por los acusados, policías locales, debe

calificarse de vencible, pues una mayor prudencia efectuando un requerimiento al conductor o una consulta a sus superiores, a pesar de no ser una hora propicia, o la llamada a la Guardia Civil de Tráfico, como al final

hicieron, hubiera podido impedir la detención practicada, salvo que, a pesar de los apercibimientos, el conductor ebrio persistiera en usar de su vehículo, en cuyo caso la detención hubiera tenido plena justificación.

Sentencia 142/2003, Sala de lo Penal del TS, de 5 de febrero de 2003

ESTAFA. “RECEPTACIÓN CIVIL”.

Arts. 122 y 250.6.º Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García**

SÍNTESIS

Además de fundamentar la imposición de la modalidad agravada de la estafa por el “grave perjuicio”, se ocupa la sentencia con la denominada “receptación civil”, prevista en el art. 122 del CP, que posibilita la reparación del daño por quien no ha sido considerado responsable penal del delito correspondiente si se ha aprovechado económicamente del mismo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

A) La cualificación específica del n.º 6.º del art. 250.1 CP aparece redactada en los términos siguientes: “El delito de estafa será castigado con las penas de uno a seis años y multa de seis a doce meses cuando:

(...)

6.º Revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia”.

No ha de aplicarse esta norma, que prevé una agravación de la pena, más allá de lo que cabe deducir de su propio texto, so pena de incurrir en una aplicación analógica perjudicial al reo prohibida por el principio de legalidad que ha adquirido rango de derecho fundamental por lo dispuesto en el art. 25.1 CE, tal y como es entendido por la doctrina del Tribunal Constitucional (SS. 77/83, 75/84, 159/86 y 61/90, entre otras muchas) que se funda a su vez en el principio de seguridad jurídica (saber a qué atenerse) del art. 9.3 (Ss. 101/88 y 93/91, entre otras).

Conforme a lo que esta norma penal nos dice, y razonando de modo semejante a co-

mo lo hizo esta sala constituida en pleno en sentencia de 29.7.98 (caso Marey) a propósito de una norma de contextura similar a este art. 250.1.6.º, la del inciso 1.º del art. 432.2 del mismo CP., podemos afirmar que nos encontramos ante una cualificación del delito de estafa determinada por la “especial gravedad” del hecho, una sola cualificación para cuya determinación la ley penal impone tener en cuenta tres criterios:

1.º El valor de la defraudación.

2.º La entidad del perjuicio, que como ha dicho esta sala (S. 12.2.2000) puede considerarse el reverso del mencionado criterio 1.º Es decir, en realidad este criterio 2.º no es un criterio más a añadir al 1.º

3.º La situación económica en que el delito deje a la víctima o a su familia.

Repetimos, nos hallamos ante un solo agravación específica definida por revestir el hecho “especial gravedad” y para conocer si en el caso existe tal “especial gravedad” el legislador nos impone tres criterios (en realidad sólo dos como acabamos de decir).

Desde luego si la cantidad defraudada es por sí sola importante nadie puede dudar de que nos encontramos ante un hecho de “especial gravedad”. Una referencia para determinar esta cantidad podía ser la de seis millones de pesetas (treinta y seis mil euros) que vinimos considerando como cifra para estimar como muy cualificada la paralela agravación establecida en el n.º 7.º del art. 529 CP 73 a partir de una reunión plenaria de esta sala de 26.4.91, que estableció la de dos millones para apreciarla como simple (Ss. de 16.9.91, 25.3.92 y 23.12.92, y otras muchas).

En estos casos no es necesario atender a la situación en que quedó la víctima tras el delito. Aunque el defraudado fuera, por ejemplo, un banco, una cantidad importante por sí misma confiere a las estafas o apropiaciones indebidas “especial gravedad”. Parece lógico entenderlo así como lo viene haciendo esta sala en muchas de sus resolu-

ciones (Ss. 23.7.98, 9.7.99, 12.2.2000, 7.12.2000, 22.2.2001 y 14.12.2001) que, en ocasiones, ha interpretado esta norma (250.1.6.º) en relación con la del art. 235.3, a fin de evitar dar mayor extensión a la agravación paralela prevista para el delito de hurto (235.3) que a la ahora examinada, siendo más graves las penas de la estafa que las del hurto.

Con frecuencia alegan las defensas en estos casos que el uso de la conjunción copulativa “y” en el art. 250.1.6.ª en contraposición a la disyuntiva “o” del 235.3, ha de tener como consecuencia la eliminación de la cualificación en las estafas y apropiaciones indebidas en casos de cantidades defraudadas importantes cuando no se ha dejado en mala situación a la víctima. Con la conjunción “y” o con la “o” la agravación es única: la “especial gravedad” a determinar mediante varios criterios con los que el órgano judicial ha de razonar. Repetimos, una cantidad por sí sola importante —puede ser la de seis millones antes referida— por sí sola permite la aplicación de esta cualificación.

Y cuando tal cantidad importante no se alcance, entonces ha de entrar en juego el otro factor de medición de la especial gravedad, el de la situación económica en que el delito dejó a la víctima o a su familia, como lo hizo la sentencia de esta sala de 14.12.98 en que la perjudicada era una pensionista y la cuantía de la estafa ascendió a 1.707.000 pts. Como dice esta última resolución, la redacción actual de este art. 250.1.6.ª “ha introducido de alguna manera elementos subjetivos en la determinación de la especial gravedad en relación a la antigua agravante 7.ª del art. 529 que era de naturaleza estrictamente objetiva”. Véase también la sentencia de esta misma sala de 4.10.2000 que tuvo en cuenta la situación económica en que quedaron las víctimas, personas en paro que entregaron todos sus ahorros al autor del delito, aunque en este caso la cuantía de lo defraudado, superior a los treinta millones

de pesetas, habría sido bastante, por sí sola, para aplicar la norma aquí examinada.

Llevando al caso presente los argumentos antes expuestos, desde luego no puede haber duda alguna sobre la correcta aplicación por la Audiencia Provincial de este art. 250.1.6.^a CP. Los dos criterios referidos concurren aquí: la cantidad de nueve millones de pesetas, por sí sola bastante al efecto, y la situación en que quedó la víctima, persona que trabajaba de modista, que dio a Mariano los ahorros de toda su vida, con lo cual tuvo que continuar en tal oficio para poder subsistir.

(...)

Quinto.—(...)

Las razones expuestas en la sentencia recurrida en su fundamento de derecho 9.^o nos dicen cómo quedó claro que Pedro se aprovechó del dinero que obtuvo Mariano de su “suegra” y absuelve a aquél porque lo único que quedó probado sobre su participación (la de Pedro) fue con relación a hechos posteriores al momento en que quedó consumada la estafa, el momento de la entrega del dinero por parte de Carmen a Mariano. Nos dice la Audiencia Provincial que pudieron existir respecto de Pedro los delitos de encubrimiento (art. 451.1.^o), receptación (art. 298) o apropiación indebida (art. 252), por tal intervención posterior consistente en llevar casi todo el dinero (8 millones) a una cuenta bancaria suya, sacar a los dos días 5 de tales 8 millones y en definitiva beneficiarse con los otros 3 que quedaron en tal cuenta y que el propio Pedro fue gastando.

Condena penal contra Pedro por el delito de estafa no puede existir, pues nada se probó sobre una actuación suya tendente al engaño de Carmen. Esa colaboración anterior o coetánea al hecho de la entrega del dinero no existió por parte de éste. Y tales otros posibles delitos indicados en el propio fundamento de derecho 9.^o, han de quedar sin condena por tratarse de delitos heterogéneos respecto de la estafa por la que se acusó, pues no es posible condenar a una persona a quien antes no se le ha comunicado la acu-

sación concreta de que se trate. El art. 24.2 CE recoge expresamente el derecho a ser informado de la acusación formulada y el 24.1 prohíbe una condena con tal indefensión.

Ahora bien, tiene razón en parte la recurrente.

En los hechos probados aparece una conducta que la doctrina denomina receptación civil prevista en el art. 122 CP cuando nos dice así: “El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación”.

En el último párrafo de tales hechos probados podemos leer lo siguiente: “El acusado Pedro ha ido gastando los tres millones de pesetas ingresados en su cuenta, aplicándolos en su beneficio”. Tal afirmación no es gratuita, pues se hizo en base a lo que en el mismo acto del juicio oral declararon Mariano y Pedro.

Si bien hemos dicho antes que no cabría condenar a Pedro por esos posibles delitos de encubrimiento, receptación o apropiación indebida por la heterogeneidad respecto de una acusación sólo por estafa, no cabe decir lo mismo con relación a la petición de indemnización formulada por las dos acusaciones frente a los dos acusados (folios 94 y 95 y acta del juicio oral —f.75—). Tal petición de indemnización con sus intereses legales se hizo y respecto de la misma sí pudo defenderse Pedro.

Por lo expuesto, tal y como ya hemos anticipado, hay que estimar parcialmente este recurso de la acusación particular. No cabe condena penal, pero sí aplicar al caso el citado art. 122 que exige los requisitos siguientes:

1.^o Que alguien se aproveche de los efectos de un delito o falta, como aquí hizo Pedro que gastó para sí los tres millones de pesetas que habían quedado en su cuenta bancaria, tras haber sacado cinco del total de ocho que su hermano le había proporcionado.

2.º Que no sea condenado por haber participado en un delito a título de autor o de cómplice. La condena como responsable penal origina la aplicación del art. 116 CP, no la de este art. 122. La expresión “hubiere participado de los efectos de un delito o falta” utilizada en este art. 122 se refiere a un mero aprovechamiento civil (o penal no castigado).

3.º Tal participación a efecto de aprovechamiento civil ha de tener como causa un título lucrativo, no un título oneroso. En el caso presente, sin contraprestación alguna, Pedro ingresó en su cuenta esos ocho

millones de pesetas de los que luego sólo quedaron tres, de los que en definitiva se benefició.

Concurriendo tales requisitos, no se produce una obligación de indemnización como si fuera responsable penal, la del citado art. 116, sino otra diferente e independiente: la restitución de la cosa objeto del delito o falta, o el resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación.

Véanse las sentencias de esta de 9.3.74, 5.12.80, 20.3.93, 21.12.99 y 14.6.2002, entre otras.

Sentencia 148/2003, Sala de lo Penal del TS, de 6 de febrero de 2003

LESIONES.

Art. 150 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar**

SÍNTESIS

Se precisa el alcance del Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 19 de abril de 2002 (recogido en el n.º 9 de la Revista de Derecho Penal) en orden al alcance del concepto de “deformidad”, en el ámbito del delito de lesiones, cuando éstas suponen la pérdida de piezas dentarias.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El primer motivo, formalizado al amparo de lo dispuesto en el art. 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del art. 150 del Código penal.

En su desarrollo, considera el recurrente que únicamente es aplicable dicho precepto cuando se trate de una lesión “de tal gravedad y que de forma irreversible provoque la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal”, y que en todo caso, dado el estado actual de la ciencia médica, siem-

pre será posible “la reconstrucción funcional y aún estética motivados por la implantación de nuevas piezas dentarias en el afectado”.

El Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda del día 19 de abril de 2002, acordó en relación con la materia que se analiza que “la pérdida de incisivos u otras piezas dentarias, ocasionada por dolo directo o eventual, es ordinariamente subsumible en el art. 150 del Código penal”. También se dispuso que “este criterio admite modulaciones en supuestos de menor entidad, en atención a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a la posibilidad de reparación accesible con carácter general, sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado. En todo caso dicho resultado comportará valoración como delito, y no como falta”.

Aplicando estas consideraciones al caso enjuiciado el motivo debe desestimarse, toda vez que la pérdida de las piezas dentales descritas en el “factum”, ocasionada a título doloso, que produce un resultado antiestético, como fue calificado por la Sala de instancia, es subsumible en el art. 150 del Código penal, como deformidad de órgano o miembro no principal. La modulación que se establece en el acuerdo plenario no puede ser aplicada al supuesto planteado, en tanto se refiere a supuestos de menor entidad, y nos encontramos con que “como consecuencia de lo ocurrido [la patada en la cara propiciada por Javier R. G.], Eduardo R. V. quedó lesionado, precisando para su sanidad además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico quirúrgico, consistente en reducción de las fracturas con osteosíntesis, tratamiento antibiótico, extracción de 2 molares y fijación externa de las que tardó 220 días en curar, 10 días con ingreso hospitalario e impedimento para el desempeño de sus ocupaciones habituales, quedándole además como secuelas la pérdida de 2 piezas dentales, consolidación viciosa de la mandíbula con alteración del engranaje dental, parestias y parestesias en zona molar y labio inferior y alteración de la si-

metría facial que afecta de forma moderada a la estética”. Tales secuelas se describieron en el relato factual en la forma expuesta por la Sala sentenciadora, previo examen directo por el Tribunal “a quo”, como se refiere en el fundamento jurídico primero, calificándolo de “cierta entidad o relevancia”. De manera que no solamente se ha producido la pérdida de dos piezas dentales, sino la viciosa consolidación de la mandíbula con alteración del engranaje dental y la alteración de su simetría facial. El episodio, por lo demás, resulta de brutalidad, al seguir golpeando al perjudicado en el suelo a la salida de la discoteca, con las patadas que dio Javier R.G.

Por lo demás, el concepto de reparación accesible no dificultosa no puede ser apreciado en tanto se carecen de elementos para su determinación, y en todo caso, es secundario, ya que todas las pérdidas dentales son hoy ordinariamente sustituibles o reparables por vía de intervención odontológica, lo cual impediría la aplicación del acuerdo citado en su formulación general primaria. Los puntos de vista jurídicos sobre la deformidad se polarizan entre la pérdida de substancia corporal que tiene incidencia en el derecho fundamental a la integridad física que se proclama en el art. 15 de la Constitución española y lo antiestético que conforma el concepto jurídico de deformidad, pero con características de permanencia (no obstante la reparación, predicable en el estado actual de la medicina de prácticamente toda pérdida o inutilidad de piezas dentales), lo que debe valorarse con criterios de consecuencia estética, a pesar de la intervención, del número de piezas dentarias, de su localización y visibilidad, de las características de su imitación artificial por vía de intervención facultativa, de su consistencia y morfología, de su incidencia en la fonación, de las lesiones que padezca con anterioridad la víctima (como, por ejemplo, enfermedad en las encías), etc., lo que impide toda interpretación con vocación de universalidad, sino la resolución del caso planteado. Como ya hemos declarado, el criterio unificado establecido en el Pleno de esta Sala permite va-

lorar tres parámetros: 1.º) la relevancia de la afectación; 2.º) las circunstancias de la víctima, en las que ha de incluirse la situación anterior de las piezas afectadas; 3.º) la posibilidad de reparación odontológica de la pieza o piezas dañadas, pero sin que ello suponga acudir a medios extraordinarios (pues a través de estos medios hoy día casi cualquier deformidad puede ser reparada).

En definitiva, sigue siendo válido el criterio mantenido por la jurisprudencia de esta Sala, que entiende por deformidad toda irregularidad física, visible y permanente, como

exponente de alteración corporal externa que suponga desfiguración o fealdad a simple vista. La cuestión de la reparación queda entonces supeditada a la responsabilidad civil, pues no puede quedar integrada la reparabilidad en el tipo, ya que tal postura lleva a resultados inseguros, sin perjuicio de la operatividad de la atenuante prevista en el art. 21-5.ª del Código penal.

En este sentido nos hemos ya pronunciado, a partir del acuerdo plenario citado, en Sentencias 334/2002, de 31 de mayo, y 1140/2002, de 19 de junio.

Sentencia 238/2003, Sala de lo Penal del TS, de 12 de febrero de 2003

ESTAFA. DELITO CONTINUADO.

Arts. 74 y 250 núm. 6.º Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano

SÍNTESIS

Tras enumerar las distintas posibilidades que vienen en consideración, entiende la sentencia que en algunos casos (como sucede en el enjuiciado) es compatible la apreciación de una estafa agravada por la especial gravedad de la defraudación y de la figura conocida como “delito continuado”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

4. Todavía se añade otro problema, tampoco debidamente resuelto por el Tribunal de origen. Se trata de la compatibilidad del castigo entre el delito continuado y la

estafa cualificada del art. 250.1.6 C.P., consistente en la especial gravedad del delito, por razón del valor de la defraudación o perjuicio ocasionado. Esta Sala, viene señalando el límite a partir del cual comienza la agravación, alrededor de los 6 millones de pesetas (36.060,73 euros).

La compatibilidad o no de ciertas manifestaciones delictivas, tienen su razón de ser en la simultánea contemplación del mismo fenómeno jurídico, desde distintas perspectivas, de forma que el desvalor o significación de ambos se solape o no plenamente. Su consideración conjunta infringiría el principio “non bis in idem”. No se dar si la doble valoración es fruto de una doble realidad.

En la continuidad delictiva se intensifica la pena por la reiteración de acciones ilícitas, consecuencia de la debilidad de la voluntad del sujeto agente que no puede resistir a la recaída en el delito, llevando a cabo en el tiempo diversos actos, aglutinados por la abrazadera de la unidad de propósito o aprovechamiento de idéntica ocasión, de modo que cualquiera de ellos, individualmente considerado, merecería el castigo previsto en el Código Penal.

La cualificación de especial gravedad, de naturaleza eminentemente objetiva, tiene su razón de ser en la cantidad de daño producido, esto es, en la intensificación de la lesión al bien jurídico protegido, en nuestro caso, el patrimonio ajeno.

Así pueden darse los siguientes supuestos, claramente diferenciables:

a) Continuidad delictiva, sin cualificación, (verbigracia: tres o cuatro sustracciones de 6.000 euros cada una).

b) Cualificación, sin continuidad delictiva (un apoderamiento de 60.000 euros por ejemplo).

c) Continuidad delictiva y cualificación. Sería el caso de varios apoderamientos, que excedan de 60.000 euros cada uno.

Dentro de esta modalidad puede ocurrir: 1) que las distintas cuantías, objeto de apo-

deramiento, referidas a cada uno de los delitos individualmente considerados no alcancen la cualificación, pero sí sumando todas ellas (vg.: 20 apoderamientos de 6.000 euros cada uno). 2) o bien que los valores de todas o alguna de las distintas sustracciones (que se suman en la continuidad delictiva) ya de por sí, integren la cualificación por superar el umbral señalado jurisprudencialmente (Verbigracia: cinco apoderamientos de 100.000 euros cada uno).

5. De todas las hipótesis contempladas, sólo se produciría una incompatibilidad, por apreciarse dos veces el fenómeno de la reiteración y cualificación, en el caso de que la continuidad delictiva fuera la razón del surgimiento de la cualificación, esto es, cuando las distintas cuantías apropiadas, defraudadas o sustraídas, insuficientes para cualificar, globalmente consideradas determinan la exasperación de la pena prevista en el art. 250.1.6 C.P.

Otro tanto ocurriría, cuando las apropiaciones aisladas, originan cada una de ellas el castigo por falta, pero conjuntamente estimadas, dieran lugar al nacimiento de un delito.

La continuidad o consideración conjunta sirvió para elevar a la categoría de delito lo que eran simples faltas, o a un delito cualificado, lo que eran delitos simples, circunstancia que ya supondría una intensificación punitiva.

6. En nuestro caso, cabría la estimación simultánea de la cualificación (art. 250.1.6 C.P.) y la continuidad delictiva (art. 74 C.P.), ya que existían en el conjunto algunas infracciones que por sí solas, merecerían la cualificación. El Tribunal provincial, las estimó incompatibles.

Sentencia 195/2003, Sala de lo Penal del TS, de 15 de febrero de 2003

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO.

Arts. 432 y 121 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín**

SÍNTESIS

Tras decidir que la condena por apropiación indebida, mediando acusación por malversación de caudales públicos, no vulnera el principio acusatorio, entiende la Sala Segunda que pese a que la condena lo es por el primer delito señalado, persiste la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Se trata del supuesto de un Secretario de Juzgado de Paz que dispone de las cantidades consignadas para el pago de cantidades señaladas en juicios ejecutivos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—El abogado del Estado, formaliza un primer motivo al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder judicial y del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, habiéndose causado indefensión al recurrente y al acusado.

1. La esencia de la impugnación, radica en que las acusaciones solicitaron la condena del acusado por el delito de malversación de caudales públicos y la Sala sentenciadora, con los razonamientos anteriormente expuestos, considera que las cantidades apropiadas, no tienen la naturaleza de caudales públicos condenando exclusivamente por apropiación indebida.

El motivo se fundamenta en el hecho de que si se estimase la vulneración del principio acusatorio y se absolviese por el delito de malversación de caudales públicos, no procedería la declaración de responsabilidad civil subsidiaria del Estado. En caso contrario, si se mantiene la condena por delito de apropiación indebida y la consideración del Estado como responsable civil subsidiario, se le ha causado indefensión al no poder contestar a esta imputación. Además sostienen que, en el caso de que se trate de una apropiación indebida, no sería responsable civil el Estado.

2. Toda persona implicada en un proceso penal tiene derecho a conocer, en el momento procesal oportuno (escrito de conclusiones provisionales o definitivas), cual es la base real sobre la que se formula la acusación, entendiendo por tal los hechos, actua-

ciones o conductas que se imputan al acusado y sobre cuya prueba posterior, se asiente la oportuna calificación jurídica. El acusado, muchas veces desconocedor del derecho, tiene que saber, de forma clara y comprensible, cual es la narración de hechos cuya comisión se le atribuye y sobre ella debe construir su estrategia defensiva, sin que tenga excesiva relevancia, en algunos casos, que la calificación jurídica sea la acertada o se modifique con posterioridad.

Un Código moderno, es lo suficientemente complejo, como para que determinadas conductas, por su similitud u homogeneidad, puedan ser validamente subsumidas en un tipo penal o en otro semejante, siempre que se respeten las reglas del juego y no se altere de forma drástica la realidad de los hechos que son objeto de enjuiciamiento y prueba. Es inevitable que algunos comportamientos, en el animo del legislador de cerrar todas las vías posibles a la impunidad, estén contempladas en artículos e incluso títulos y secciones distintos, lo que obliga a utilizar las reglas que nos proporcionan los principios de la ciencia penal, para evitar la doble incriminación por un, mismo hecho. Los principios o reglas de la absorción, de especialidad o de alternatividad, son los cauces obligados para solucionar el conflicto y obtener la solución mas ajustada a los valores rectores del sistema punitivo. Desde esta perspectiva, la doctrina jurisprudencial ha venido admitiendo la posibilidad de cambiar la calificación jurídica del hecho siempre que se trate de delitos homogéneos y que se mantenga intacta la base fáctica que se ha construido, a partir de las acusaciones iniciales y de las pruebas practicadas.

3. En el caso presente, la verdaderamente sustancial y que se ha respetado de manera escrupulosa por la sentencia recurrida, es que al acusado se le imputó, el apoderamiento de determinadas cantidades, que había recibido de varios deudores, a los que se había seguido un procedimiento ejecutivo. Que el dinero fue consignado en el juzgado del que el recurrente era Secretario,

con la finalidad de ser entregada en su integridad a los acreedores, sin que el Estado tuviera la mas mínima posibilidad de participar o ingresar en su arcas cantidad alguna, ya que no eran caudales públicos. Por esta razón se derivó la calificación hacia la apropiación indebida, ya que la conducta imputada reunía todos los requisitos objetivos y subjetivos de esta figura. El Abogado del Estado, no sólo se pudo defender de esta acusación, sino que tuvo oportunidad de sostener, como la va a hacer en el motivo siguiente, que en el caso de tratarse de un delito de apropiación indebida, no le correspondería responsabilidad civil subsidiaria alguna.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

Séptimo.—El motivo segundo, se interpone al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar que, dados los hechos que se consideran probados, se ha vulnerado el artículo 22 del Código Penal de 1973.

1. La posición del Abogado del Estado se basa, más en la naturaleza del hecho delictivo aplicado por la sentencia recurrida, que, en el la mas o menos correcta aplicación del artículo 22 del Código Penal de 1973, que había sido entendido, por toda la doctrina jurisprudencial, como regulador de un supuesto de responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los delitos cometidos por funcionarios, agentes o personal contratado, cuando concurriera la culpa tradicional (in eligiendo o in vigilando), extendiéndose incluso a la responsabilidad civil cuasiobjetiva, derivada de su posición de garante o de simple creador del riesgo ocasionado.

2. La modificación introducida por el Código de 1995, al regular la responsabilidad Civil subsidiaria del Estado, de manera específica en el artículo 121 en relación con el 120.3 del mismo texto legal, no ha variado sustancialmente la doctrina tradicional, anteriormente expuesta.

El artículo 121, exige distinguir entre el funcionamiento anormal del servicio público, que es producto de un comportamiento delictivo de personas subordinadas a la Administración o de otros funcionamientos anormales, que tengan orígenes distintos. En el caso presente, nos encontramos ante la existencia de una relación funcionarial entre el autor y la Administración de Justicia, la producción del resultado en el ámbito de la competencia funcional del autor y la posibilidad de la imputación directa del daño, al funcionamiento anormal del deber de vigilancia que debió ejercitarse.

3. Esta cuestión fue suscitada en la Junta General celebrada el día 26 de mayo de 2000 y se llegó a la conclusión, mayoritaria, de que el art. 121 vigente, no ha modificado la jurisprudencia de esta Sala en relación con la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas, que es encuadrable jurídicamente en el art. 120.3 del Código Penal. La única matización introducida, es la relativa a que el artículo 121, será

aplicable cuando exista, como sucede en el caso presente, efectivamente un funcionario público encausado como autor, presuntamente responsable de un ilícito penal que puede ser derivado, en su aspecto de responsabilidad civil subsidiaria, al Estado. Por el contrario el art. 120.3 contempla los casos de funcionamiento anormal de la Administración, sin declaración directa de responsabilidad penal, a persona de su círculo de actuación o dentro de su ámbito de competencia espacial.

En el caso presente, resulta indiferente que el delito haya sido calificado como de apropiación indebida, y descartando la malversación de caudales públicos, ya que el autor es un funcionario público que se prevalió de su condición, para disponer de unos fondos, que estaban bajo su custodia en la cuenta de consignaciones y que pudo realizar esta actividad ante la falta de vigilancia por parte de la Administración de la que dependía.

Sentencia 257/2003, Sala de lo Penal del TS, de 18 de febrero de 2003

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS. “NON BIS IN IDEM”.

Art. 432 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Enrique Abad Fernández**

SÍNTESIS

Además de estudiar con detenimiento el problema de la posible lesión del principio “non bis in idem” cuando sobre los mismos hechos concurren sentencias condenatorias de un tribunal jurisdiccional penal y del Tribunal de Cuentas, se recogen en la sentencia distintos pronunciamientos de interés, como la compatibilidad entre los delitos de malversación y de fraude o la posibilidad de condenar a un “extraneus” por un delito especial si su intervención es como partícipe y no como autor (aunque, a diferencia de lo resuel-

to en la STS 1078/2002, de 11 de junio —recogida en el n.º 8 de la Revista de Derecho Penal— no se aprecia aquí la circunstancia atenuante analógica de no ostentar el sujeto la condición de funcionario público).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

2. En segundo lugar se alega en este Motivo —y así lo interpreta el Fiscal— la indebida inaplicación del artículo 436 del vigente Código Penal, en el que se sanciona como autor de un delito de fraude al funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público.

Argumenta el recurrente:

— Que la conducta de los acusado “encaje literal y objetivamente con el contenido típico del artículo 436”.

— Que el análisis del delito de malversación “pone de manifiesto el error de la Sala en la aplicación del delito más grave forzando una interpretación incorrecta ... de las acciones que configuran ambos delitos”.

— Que “la interpretación tradicional y obligatoria en Derecho Penal siempre debe ser a favor del reo”, aplicando el precepto penal que más le favorezca.

Ahora bien, como dice la sentencia 1537/2002, de 27 de septiembre, citando la de 16 de febrero de 1995, la sanción de la malversación es compatible con la del delito de fraude del artículo 436, pues éste es un delito de mera actividad que se consuma con que exista la concertación con la finalidad de defraudar, por lo que la efectiva apropiación de caudales por este medio no pertenece a la perfección del delito de fraude, debiendo sancionarse en ese caso ambos delitos en relación de concurso medial.

En consecuencia, explicando en el apartado anterior que la conducta de los acusados,

concretamente la de J. C. B. P., es subsumible en el artículo 432.1 del Código Penal, el que tan conducta encajara en el contenido típico del artículo 436 únicamente conduciría a su sanción también por este delito y no en sustitución del de malversación.

Postura no propuesta por las acusaciones que vulneraría el principio acusatorio y perjudicaría al recurrente.

(...)

Quinto.—(...)

3. Como se dice en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1995, hemos de empezar afirmando que aunque el Tribunal de Cuentas no esté incardinado en el Poder Judicial, ejerce jurisdicción en la materia específica que la Constitución y las Leyes le confieren. Precizando el artículo 2 de la Ley Orgánica 2/1982 que “es función propia del Tribunal de Cuentas el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos”.

Establece el artículo 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas que “1. La jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o entidades perceptoras de subven-

ciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector”.

El problema surge cuando entran en contacto las jurisdicciones penal y contable, como puede ocurrir en casos de malversación de caudales públicos.

El artículo 116 del Código Penal dice que “toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivasen daños o perjuicios”. Y el artículo 18.1 de la Ley Orgánica 2/1982 que “la jurisdicción contable es compatible respecto a unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal”.

Añadiendo el artículo 49.3 de la Ley 7/1988 que “3. Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, con arreglo a lo establecido en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 2/1982, el Juez o Tribunal que entendiere de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por éste se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos”.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de mayo de 1994, dictada a propósito de resoluciones supuestamente contradictorias en el orden penal y el laboral, dice, con carácter general, que “a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en su artículo 9, número 3, de la Constitución Española”.

En aplicación de esta doctrina, plenamente asumida por la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, reiteradamente se reconoce la prevalencia del orden penal sobre el contable en la fijación de los hechos y la autoría de los mismos.

Pero, fijados los hechos y su autoría, la jurisdicción penal y la contable tienen su propio y diferenciado campo de actuación.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de rechazar la alegación de existencia de cosa juzgada en base a una sentencia anterior del Tribunal de Cuentas, sentando en su sentencia de 19 de noviembre de 1994 la siguiente doctrina:

— La acción que se ejercita ante el Tribunal de Cuentas no es un modo alguno igual no equiparable a la penal. Ante la jurisdicción penal se pretende una condena por la comisión de un delito previsto y penado en el Código Penal; y ante el Tribunal de Cuentas se ejercita una pretensión de enjuiciamiento contable de cuentas a rendir por la administración de caudales públicos.

— La potestad de enjuiciamiento contable, que el artículo 15.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas señala como jurisdicción propia del mismo, no tiene una finalidad sancionadora o punitiva, sino que, recayendo sobre la responsabilidad contable de quien, por acción u omisión contraria a la Ley, origina menoscabo de caudales o efectos públicos, le somete a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados.

Por tanto no existe identidad de acción ni, en consecuencia, cosa juzgada.

Y en esta misma materia, la sentencia de la citada Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1995 sienta las siguientes reglas:

— El orden jurisdiccional penal es siempre preferente y, de acuerdo con el artículo 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ningún Juez o Tribunal podrá plantear conflicto de competencia a los órganos de dicho orden.

— Si en el comportamiento de una determinada persona concurren las exigencias de tipicidad que lo elevan a la categoría de infracción penal, será la jurisdicción penal quien haya de resolver y decidir, sin que pueda alegarse la excepción de cosa juzgada.

— La jurisdicción contable se limita a enjuiciar, a instancia de parte legitimada pa-

ra hacerlo, las responsabilidades contables derivadas de alcances y otros perjuicios pecuniarios evaluables, sufridos por el Tesoro y los demás órganos del sector público.

— Hay, por consiguiente, una perfecta compatibilidad entre las decisiones que toma en el ejercicio de su actividad el Tribunal de Cuentas y lo actuado por la jurisdicción penal, de acuerdo con el artículo 18.1 de la Ley Orgánica 2/1982.

— Únicamente se encomienda al Tribunal de Cuentas la determinación de la responsabilidad civil, lo que, si es discutible desde el campo doctrinal, no cabe duda que es una norma de obligado cumplimiento que en nada afecta al problema que ahora se enjuicia.

— Ni las decisiones del Tribunal de Cuentas, ni las de cualquier otro órgano no jurisdiccional penal, puede vincular a la jurisdicción penal; por lo que la sentencia de aquel no produce cosa juzgada.

Dentro de las normas específicas del Tribunal de Cuentas, el artículo 18.2 de la Ley Orgánica dice que “cuando los hechos fueran constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia”.

Y el artículo 49.3 de la Ley de Funcionamiento que cuando los hechos fueran constitutivos de delito, “el Juez o Tribunal que entendiera de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por éste se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos”.

Comparando ambos textos se observa que mientras la Ley Orgánica habla de responsabilidad civil, la Ley de Funcionamiento lo hace de responsabilidad contable. A pesar del rango superior de la primera, hay que entender que la competencia del Tribunal de Cuentas se refiere a la responsabilidad contable, como resulta del artículo 2 de la misma Ley Orgánica, que afirma que es

función propia del Tribunal el enjuiciamiento de la responsabilidad contable.

De ello deriva que el problema puede salvarse resolviendo la jurisdicción penal las cuestiones relativas a las responsabilidades civiles derivadas del delito, dejando expedita la vía de la jurisdicción contable para reclamar en ella las responsabilidades de esa naturaleza aún no resueltas.

Es decir, que los pronunciamientos sobre responsabilidades civiles contenidos en sentencias penales no impiden que el Tribunal de Cuentas se pronuncie sobre la responsabilidad contable. Si bien en la fase de ejecución de las sentencias, deberá tenerse en cuenta lo abonado por cada una de ellas, con la finalidad de evitar duplicidad en el reintegro al Erario Público, por un mismo concepto; lo que es unánimemente aceptado.

(...)

Séptimo.—(...)

B. Que ni el texto del artículo 14 del Código Penal de 1973, ni el de los artículos 28 y 29 del Código Penal de 1995, exigen que los partícipes (inductores, cooperadores necesarios y cómplices) en un delito especial propio (es decir aquellos en que el tipo penal prevé exclusivamente la autoría de un sujeto activo con especial cualificación), tengan la misma condición que el autor. Dicha cualificación se exige únicamente para la autoría en sentido propio (artículo 28, apartado primero del Código Penal de 1995), pero no para las modalidades de participación asimiladas punitivamente a la autoría (inducción y colaboración necesaria, artículo 28 del Código Penal de 1995, párrafo segundo, apartados a) y b), o para la complicidad (sentencia 1078/2002).

(...)

Décimo.—En el Motivo Octavo, continuando por idéntico cauce procesal, se postula la aplicación de la atenuante analógica de carecer el acusado de la cualidad de funcionario público, como muy cualificada.

Dice el recurrente que si por razones dogmáticas se quiere mantener la unidad del tí-

tulo de imputación, y a la vez la falta de condición de funcionario como atenuante, lo que debe hacerse es asimilar la pena a la del delito de estafa, inferior a la del tipo de la malversación, que supera necesariamente los tres años de prisión.

El Tribunal de instancia, con cita de las sentencias de 10 de enero de 1997 y 21 de diciembre de 1999, entendiendo correctamente que el acusado I. B., si bien contribuyó como cooperador necesario al delito de malversación por el que se le condena, no infringió deberes derivados de especiales relaciones personales, aplica la atenuante analógica de no ser funcionario público e

impone las penas legalmente procedentes en su mínima extensión.

Es cierto que en la más reciente sentencia 1078/2002 ya citada, relativa a un delito de malversación impropia, se apreció en el acusado en quién no concurría la cualidad de depositario la atenuante analógica como muy cualificada.

Por ello en razón a unas circunstancias especiales recogidas en la sentencia —al depositario de los bienes se les había impuesto la pena en el umbral mínimo, y la del extranjero debía ser inferior—, que no concurren en el presente caso.

Sentencia 52/2003, Sala de lo Penal del TS, de 24 de febrero de 2003

DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE.

Art. 325 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez**

SÍNTESIS

Se trata de una sentencia condenatoria por contaminación acústica, concepto que se estudia “in extenso”. Asimismo se plantea el problema del “non bis in idem” cuando ha precedido expediente administrativo sancionador, acogiéndose la tesis seguida en la reciente STC 2/2003, de 16 de enero, recogida en el n.º 9 de la Revista de Derecho Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

El Tribunal de instancia ha condenado al recurrente como autor de un delito contra el medio ambiente en la modalidad de contaminación acústica y procedemos a examinar si concurren o no los elementos que caracterizan esta figura delictiva.

1. Contaminación acústica. Consideraciones generales y evolución legislativa.

Aunque de forma esporádica, ya antes de la Constitución se exterioriza la preocupación y la necesidad de proteger el medio ambiente y la conveniencia de promulgar disposiciones generales sobre criterios de calidad del aire, niveles de emisión de sustancias contaminantes, calidades de los combustibles y carburantes utilizables, controles de fabricación y homologación de motores, generadores de calor y otras fuentes de emisión de contaminantes fijas y móviles, con el fin de reducir las altas cotas de emisión de sustancias contaminantes. Fruto de esta preocupación fue la Ley 38/1972, de

22 de diciembre, de protección del ambiente atmosférico, que tenía por objeto prevenir, vigilar y corregir la presencia en el aire de materias o formas de energía que impliquen riesgo, daño, o molestia grave para las personas y bienes de cualquier naturaleza.

No se hacía expresa referencia a la contaminación acústica aunque no se podía descartar que pudiera estar incluida en la amplia referencia a las formas de energía que implican riesgo, daño o molestia para las personas y bienes.

Transcurridos treinta años, el reciente Anteproyecto de Ley del Ruido hace mención, en su Exposición de Motivos, a la falta de atención que tradicionalmente ha sufrido la inmisión sonora y señala que el ruido, en su vertiente ambiental, no circunscrita a ámbitos específicos, como el laboral, sino en tanto que inmisión sonora presente en el habitat humano o en la naturaleza, no ha sido tradicionalmente objeto de atención preferente en la normativa protectora del medio ambiente.

Todos los tratadistas que han estudiado estos temas coinciden en señalar que la

Constitución (artículos 43 y 45) al proteger la salud y el medio ambiente incluye en su ámbito de control a la contaminación acústica, como nos recuerda la Exposición de Motivos del citado Anteproyecto, y a pesar de ello se carece de una norma general de ámbito estatal, reguladora de este fenómeno.

No sucede lo mismo con las Comunidades Autónomas que han promulgado Leyes que regulan la protección contra la contaminación acústica.

Así, entre otras, la Ley 16/2002 de la Generalitat de Cataluña, de 28 de junio, de protección contra la contaminación acústica; el Decreto 78/1999, de 27 de mayo, que regula el régimen de protección contra la contaminación acústica de la Comunidad de Madrid; y la Ley 7/2002, de 3 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de Protección contra la Contaminación Acústica.

Es de destacar los objetos y finalidades de estas normas autonómicas. Así la mencionada Ley de la Generalitat de Cataluña señala que el objeto de la presente Ley es regular las medidas necesarias para prevenir y corregir la contaminación acústica, que afecta a los ciudadanos y ciudadanas y el medio ambiente, provocada por los ruidos y vibraciones, y al mismo tiempo establecer un régimen de intervención administrativa que sea de aplicación en todo el territorio de Cataluña. La finalidades de dicha Ley, según su artículo 2.º, es garantizar la protección de: a) el derecho a tener un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona; b) el derecho a la protección de la salud; el derecho a la intimidad; el bienestar y la calidad de vida de los ciudadanos. Son muy interesantes las definiciones que se contienen en su artículo 4.º. Se dice que emisor acústico es cualquier infraestructura, instalación, maquinaria, actividad o comportamiento que genere ruido y vibraciones; ruido es un contaminante físico que consiste en una mezcla compleja de sonidos de frecuencias diferentes, que producen una sensación auditiva considerada molesta o incómoda y que con el paso del tiempo y por efecto de su reiteración puede resultar perju-

dicial para la salud de las personas; nivel de evaluación es el nivel de presión acústica evaluado por un periodo de tiempo especificado, que se obtiene a partir de mediciones y, si procede, de ajustes, en función del carácter total o impulsivo del sonido; nivel de inmisión es el nivel acústico medio existente durante un periodo de tiempo determinado, medido en un sitio determinado. Se expresa en dB; valor límite de inmisión es el nivel de inmisión máximo permitido dentro de un periodo de tiempo determinado.

El Decreto 78/1999, de 27 de mayo, por el que se regula el régimen de protección contra la contaminación acústica de la Comunidad de Madrid dispone, en su preámbulo, que la contaminación acústica es motivo de preocupación por las graves molestias que origina y por sus efectos sobre la salud (tanto fisiológicos como psicológicos), el comportamiento humano y las actividades de las personas. Dispone que el objeto de este Decreto es prevenir, vigilar y corregir la contaminación acústica que afecta tanto a las personas como al medio ambiente, protegiéndolos contra ruidos y vibraciones, cualquiera que sea su origen, así como regular las actuaciones específicas en materia de ruido y vibraciones en el territorio de la Comunidad de Madrid y como objetivos generales de este Decreto se señalan: a) prevenir la contaminación acústica y sus efectos sobre la salud de las personas y el medio ambiente; b) establecer los niveles, límites, sistemas, procedimientos e instrumentos de actuación necesarios para el control eficiente por parte de las Administraciones Públicas del cumplimiento de los objetivos de calidad en materia acústica.

La Ley 7/2002, de 3 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de Protección contra la Contaminación Acústica, la define como sonidos y vibraciones no deseados o nocivos generados por la actividad humana que puedan causar molestias a las personas, generar riesgos para su salud o bienestar o deteriorar la calidad del medio ambiente. Dispone, entre otras cosas, que los ayuntamientos podrán desarrollar las prescripcio-

nes contenidas en la presente ley y en sus desarrollos reglamentarios mediante las correspondientes ordenanzas municipales de protección contra la contaminación acústica. Los niveles de ruido se medirán y expresarán en decibelios. Ninguna fuente sonora podrá emitir o transmitir niveles de ruido y vibraciones superiores a los límites establecidos. ...

En el ámbito internacional, el reconocimiento de las consecuencias negativas del ruido, como agente contaminante, se produjo oficialmente en el Congreso de Medio Ambiente organizado por las Naciones Unidas en Estocolmo, en el año 1972.

La Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental, señala en su Exposición de Motivos, que debe alcanzarse un grado elevado de protección del medio ambiente y la salud, y uno de los objetivos a los que debe tenderse es la protección contra el ruido. En el Libro Verde sobre política futura de lucha contra el ruido, la Comisión se refiere al ruido ambiental como uno de los mayores problemas medioambientales de Europa. Se señala que algunas categorías de emisiones de ruidos procedentes de determinados productos ya están cubiertas por la legislación comunitaria, como la Directiva 70/157/CEE del Consejo, de 6 de febrero de 1970, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el nivel sonoro admisible y el dispositivo de escape de los vehículos a motor; la Directiva 77/311/CEE del Consejo, de 29 de marzo de 1977, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el nivel sonoro en los oídos de los conductores de tractores agrícolas o forestales de ruedas; la Directiva 80/51/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1979, relativa a la limitación de las emisiones sonoras de las aeronaves subsónicas.... La presente Directiva debe, entre otras cosas, proporcionar una base para desarrollar y completar el conjunto de medidas comunitarias existentes sobre el ruido emitido por las principales fuentes, en particular

vehículos e infraestructuras de ferrocarril y carretera, aeronaves, equipamiento industrial y de uso al aire libre y máquinas móviles, y para desarrollar medidas adicionales a corto, medio y largo plazo. Es necesario también establecer métodos comunes de evaluación del ruido ambiental y una definición de los valores límite, en función de indicadores armonizados para calcular los niveles de ruido. Los Estados miembros determinarán las cifras concretas de todo valor límite, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la necesidad de aplicar el principio de prevención a fin de mantener espacios tranquilos en aglomeraciones. Los indicadores de ruidos comunes seleccionados son Lden, para evaluar molestias, y Lnight, para evaluar alteraciones de sueño. Será también útil permitir que los Estados miembros empleen indicadores suplementarios para vigilar o controlar situaciones especiales de ruido. Respecto a su ámbito de aplicación, su artículo 2.º dispone que la presente Directiva se aplicará al ruido ambiental al que están expuestos los seres humanos en particular en zonas urbanizadas, en parques públicos u otras zonas tranquilas en una aglomeración, en zonas tranquilas en campo abierto, en las proximidades de centros escolares y en los alrededores de hospitales, y en otros edificios y lugares vulnerables al ruido. La presente Directiva no se aplicará al ruido producido por la propia persona expuesta, por las actividades domésticas, por los vecinos, en el lugar de trabajo ni en el interior de medios de transporte, así como tampoco a los ruidos debidos a las actividades militares en zonas militares.

2. Concepto de ruido y sus efectos.

No es sencillo definir el ruido como agente contaminante.

A la contaminación acústica se refiere el Anteproyecto de Ley del Ruido como la presencia en el ambiente de ruidos y vibraciones, cualquiera que sea el emisor acústico que los origine, que impliquen molestia, riesgo o daño para las personas, para el desarrollo de sus actividades o para los bienes

de cualquier naturaleza, o que causen efectos significativos sobre el medio ambiente. Las Leyes autonómicas también contienen definiciones sobre el ruido. Así la Ley de la Generalitat de Cataluña define el ruido como contaminante físico que consiste en una mezcla compleja de sonidos de frecuencias diferentes, que producen una sensación auditiva considerada molesta o incómoda y que con el paso del tiempo y por efecto de su reiteración puede resultar perjudicial para la salud de las personas.

Si tradicionalmente el ruido se ha incluido entre los actividades molestas hoy está plenamente reconocido que la contaminación acústica puede generar graves perjuicios a la salud física y psíquica de los seres humanos.

Se ha escrito por especialistas que el sometimiento a un ruido excesivo produce traumatismo y pérdidas auditivas, vértigos, perturbaciones en el sistema nervioso central, afectaciones respiratorias, cardíacas y circulatorias, hipertensión, fatiga, dolores de cabeza. Y no menos graves son los efectos psicológicos con padecimientos de angustia, pérdidas de concentración, insomnio, irritabilidad con grave afectación del rendimiento del trabajo físico e intelectual.

No plantea cuestión, pues, que el ruido es una de las manifestaciones de agresión al medio ambiente y a la salud de las personas y ello ha exigido una respuesta del Derecho.

3. El ruido y el Derecho Penal.

El medio ambiente es uno de los pocos bienes jurídicos que la Constitución expresamente menciona como objeto de protección o tutela penal. Así, el artículo 45 de la Constitución dispone que deberán establecerse "sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado" para quienes realicen conductas atentatorias del medio ambiente. Se reconoce, por tanto, a nivel constitucional, el triple frente de protección del medio ambiente: civil, penal y administrativo. La protección jurídica del medio ambiente ha de

hacerse combinando medidas administrativas con medidas penales. Para determinar en qué casos habrá de acudir al derecho Penal y qué conductas serán merecedoras de una mera sanción administrativa, ha de partirse del principio de intervención mínima que debe informar el Derecho Penal en un moderno Estado de Derecho. Sólo ante los ataques más intolerables será legítimo el recurso al Derecho Penal.

El examen del artículo 325 del Código Penal revela que es la gravedad del riesgo producido la nota clave que permitirá establecer la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el ilícito penal ya que el mencionado precepto exige que las conductas tipificadas "puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales". Y "si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas la pena de prisión se impondrá en su mitad superior".

El ruido aparece expresamente recogido en el artículo 325 del Código Penal de 1995, a diferencia del texto derogado, como una de las fuentes o medios que pueden perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales y consiguientemente la salud de las personas.

Este precepto constituye un ejemplo de Ley penal en blanco que suscita las conocidas dificultades en cuanto a la reserva de Ley Orgánica para las leyes penales (art. 81.1 CE) y posible quebranto del principio de legalidad si la conducta típica no se define con la precisión y el detalle que exige dicho principio.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 1994 se pronuncia por la constitucionalidad del artículo 347 bis del derogado Código Penal, que tipificaba el delito ecológico, afirmando que "no siempre las llamadas normas penales en blanco son contrarias al principio de legalidad, y afirma que son constitucionalmente admisibles siempre que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido y que la Ley, además de señalar la pena contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigen-

cia de certeza, es decir, de suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada. Pues bien, se dice en la sentencia citada que el art. 347 bis CP reúne los requisitos de “lex praevia, certa y scripta” exigido constitucionalmente puesto que formula una remisión expresa y completa a normas específicas y define el núcleo esencial de la conducta prohibida, remitiéndose solamente para el tipo a una circunstancia, o sea la de que aquellos actos se realicen contraviniendo leyes o reglamentos protectores del medio ambiente...”.

El ruido aparece, pues, como uno de los elementos descriptivos del tipo objetivo de los delitos contra el medio ambiente. Junto a él está el elemento normativo integrado por la contravención de Leyes y otras disposiciones de carácter general. Ciertamente se hace depender la relevancia típica de que la acción constituya una infracción de la normativa administrativa reguladora del ámbito de que se trate hasta el punto de que si la conducta no está prohibida por dicha normativa o se produce dentro de los límites autorizados, no será típica.

4. Qué se entiende por disposiciones de carácter general.

No aparece sencillo determinar con precisión que se entiende por contravención de leyes u otras disposiciones de carácter general que aparece como un elemento normativo del tipo objetivo del delito contra el medio ambiente.

No plantea cuestión el término “leyes”, mayor dificultad interpretativa plantea la expresión “disposiciones de carácter general”.

Son diversos los criterios interpretativos que se han seguido para esclarecer lo que se entiende por disposiciones de carácter general. Una posición minoritaria opone disposición general a disposición especial, en el sentido de excluir las normas dictadas para sectores específicos (contaminación del ai-

re, del agua, etc.), otros, igualmente minoritarios enfrentan la disposición general con la autonómica o local, lo que supone desconocer las competencias de las Comunidades Autónomas. Otros, con mejor criterio, enfrentan la disposición de carácter general a aquella que se refiere a una actuación administrativa singular, dictada para la resolución de un caso particular.

a) Alcance estatal de las disposiciones de carácter general

La reserva de Ley Orgánica en materia penal no impide, ha expresado el Tribunal Constitucional, la remisión a normas de rango inferior para integrar un tipo cuyo núcleo esencial se describa en el Código Penal, por lo que es perfectamente posible que la remisión se efectúe a Reglamentos y a Leyes estatales que no sean orgánicas.

b) Alcance autonómico de las disposiciones de carácter general

La entrada en vigor de la Constitución supuso un giro importante en la concepción competencial de los diferentes órganos de las Administraciones Públicas vinculados al medio ambiente. Así, de una concepción centralista se pasó a una evidente descentralización competencial que primó en gran medida a las Comunidades Autónomas.

La distribución de competencias en el campo ambiental se realiza por los arts. 149.1.23 y 148.1 de la Constitución, reseñando el art. 148 las competencias que podrán ser asumidas por las CCAA y mientras que el art. 149 se refiere a las exclusivas competencias del Estado, de manera que las demás materias no contempladas en estos dos preceptos podrán ser asumidas por las Comunidades Autónomas a partir de sus Estatutos de Autonomía y, en su defecto, pasarían a la esfera de competencia estatal.

El art. 149.1.23.º CE especifica entre las competencias exclusivas del Estado la “legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección.

Por su parte, el art. 148.1.9.º CE atribuye a las Comunidades Autónomas “la gestión en materia de protección del medio ambiente”.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 102/1995, de 26 junio, examina la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de medio ambiente y comentando los artículos de la Constitución declara que, por una parte se dice que «en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde» a las Comunidades Autónomas «el desarrollo legislativo y la ejecución» en la materia de «protección del medio ambiente», sin perjuicio de las facultades de aquéllas para establecer normas adicionales de protección y por otra parte, que la función ejecutiva de la legislación estatal sobre protección del medio ambiente que a veces se llama «gestión», incluidos los vertidos industriales y contaminantes en ríos, lagos y aguas territoriales (en su caso) corresponde a las Comunidades Autónomas. Añade dicha sentencia que el juego recíproco de las normas constitucionales (artículos 148.1.9 y 149.1.23 CE) y de las estatutarias pone de manifiesto «sin lugar a dudas, que las facultades ejecutivas o de gestión en materia de medio ambiente, en general... corresponden a» las Comunidades Autónomas «y no al Estado» (SSTC 149/1991 y 329/1993). Por tanto, si el Estado *strictu sensu* tiene una competencia sobre el medio ambiente, compartida con las Comunidades Autónomas, resultan admisibles, por su propio peso específico, tanto el primer párrafo de esta Disposición adicional como el segundo, sin que ello signifique privar a éstas de todo margen para desarrollar, en el sector subvencionado, una política propia orientada a la satisfacción de sus intereses peculiares.

Así, pues, si bien es cierto que corresponde al Estado la competencia exclusiva para dictar Leyes sobre Derecho Penal, dicho principio no sufre menoscabo cuando es la legislación estatal la que determina la pena y fija el núcleo esencial del injusto, limitándose a remitir a la legislación autonómica aquellos aspectos extra-penales que son de

su competencia Así el artículo 149.23 de la Constitución establece que el Estado tiene competencia exclusiva respecto a la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio, añade, de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección.

Es indudable, por tanto, que las Comunidades Autónomas tienen facultades para dictar “Leyes o Disposiciones Generales protectoras del medio ambiente”, cuya infracción constituye un elemento normativo del tipo penal en el delito ecológico.

c) Alcance local o municipal de las disposiciones de carácter general

En materia de medio ambiente la potestad reglamentaria de la administración se manifiesta en las Ordenanzas municipales aprobadas por los Ayuntamientos. Su razón de ser le viene otorgado en el artículo 25 de la Constitución y en los artículos 127.1 y 129.1, 2 y 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, al permitir que los reglamentos administrativos completen el sistema legal de infracciones y sanciones, de forma subordinada a la ley, pudiendo ejercer potestades sancionadoras expresamente atribuidas por una norma con rango de ley con respeto a los tipos previstos legalmente. Por ello, teniendo en cuenta que el art. 25.f) de la Ley de Bases de Régimen Local atribuye a la Administración local competencias para “la protección del medio ambiente”, podrá tipificar mediante ordenanzas la imposición de multas. La ordenanza local cumple un papel complementario indispensable de la ley sectorial protectora del medio ambiente que les da cobertura. Sería inconstitucional, por infracción del principio de reserva legal, la ordenanza local que sancionara como infracción los comportamientos que no tuvieran previo acomodo legal. Por el contrario es perfectamente lícito y acorde con la Constitución que reglamentos, ordenanzas y disposiciones municipales puedan sancionar como infracción administrativa determinadas conductas contra el medio ambiente siempre

que tengan respaldo en una ley del Estado o de una Comunidad Autónoma.

En esa línea de atribución de competencias se orienta la Ley General de Sanidad de 1986 cuyo artículo 42.3 b) señala como una de las responsabilidades del Ayuntamiento “el control sanitario de ruidos y vibraciones. Competencias que los Ayuntamientos han desarrollado mediante Reglamentos y Ordenanzas, que pueden sancionar como infracción administrativa determinadas conductas contra el medio ambiente siempre que tengan respaldo en una ley del Estado o de una Comunidad Autónoma, como antes se dejó expresado.

d) Alcance del ordenamiento de la Unión Europea como disposiciones de carácter general.

La Comunidad Europea dispone de competencias legislativas en materia de Medio Ambiente, y las ejerce por medio de Reglamentos y Directivas. En cuanto a los Reglamentos el art. 189 del Tratado de la CEE dispone que “el Reglamento tendrá valor general. Será obligatorio en todas sus partes y directamente aplicable a cada uno de los Estados miembros”; en consecuencia, las normas de protección ambiental dictadas por la Comunidad Europea con rango de Reglamento pueden integrar el tipo penal del delito ecológico, incluyéndose en la remisión que éste efectúa a las “disposiciones de carácter general”.

Esa claridad no puede aplicarse a las directivas. Una posición doctrinal, con base en Sentencias del Tribunal de Justicia, entiende que unas Directivas que no han sido traspuestas al Derecho interno de los Estados no puede integrarse en el tipo penal como Disposición General. Así, en la sentencia de 26 de septiembre de 1996 (asunto C-168/95, Medio Ambiente y Consumidores, caso Luciano Arcaro), en un tema referido a la interpretación de las Directivas 76/464/CEE y 83/513/CEE, sobre vertidos de Cadmio, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaró, ratificando su doctrina anterior, “que la posibilidad de invocar ante un órgano jurisdiccional nacio-

nal una Directiva a la que no se ha adaptado el Derecho interno sólo existe en favor de los particulares y respecto a “todo Estado miembro destinatario”. De ello resulta que una Directiva no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una Directiva no puede invocarse como tal contra dicho particular. En ese mismo sentido se expresa la sentencia de 11 de junio de 1987 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, dictada en relación con una cuestión prejudicial planteada por la “Pretura” de Saló (Italia), en un proceso penal por delito ecológico incoado por la contaminación de aguas y muerte masiva de peces en el río Chiese, cuando el Tribunal de Luxemburgo declaró que las Directivas de la Comunidad y concretamente la Directiva 78/659 de la CEE de 18 de julio de 1987, no pueden por sí mismas determinar o agravar la responsabilidad penal, es decir, no puede tomarse en consideración su infracción como elemento del tipo penal por no estar dirigidas directamente a los ciudadanos sino a los Estados miembros (art. 189 del Tratado de Roma).

Otro sector de la doctrina entiende, por el contrario, que el reenvío que nuestro Código realiza a Leyes y Disposiciones de carácter general obliga a tener en cuenta lo dispuesto por el Derecho Comunitario, que puede ampliar así las circunstancias delictivas, incluso vía Directiva con efecto directo, lo que habrá de apreciar el juez penal. Esta posición tiene también su apoyo en Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, a partir de las sentencias GRAD y SALE de 1970 (y de modo más rotundo tras la sentencia BECKER en 1982) ha venido progresivamente extendiendo el efecto directo de las Directivas, aunque no estén trasladadas a la legislación del Estado miembro, en aquellos casos en que las disposiciones de una Directiva aparezcan desde el punto de vista de su contenido como incondicionadas y suficientemente precisas y el Estado no haya cumplido los plazos establecidos para acomodar su legislación a lo dispuesto en la Directiva. Hay

otras sentencias del Tribunal Europeo que se oponen a esta interpretación como sucede con la Sentencia RATTI, de 5 de abril de 1979, precisamente porque los ciudadanos pueden hacer valer respecto del Estado que es quien ha incumplido su obligación de actuar la Directiva dentro del plazo, y en consecuencia no puede oponer a los particulares que se apoyan en la Directiva la inejecución por su parte de sus obligaciones (sentencia RATTI del TJCE, de 5 de abril de 1979). Al contrario, el Estado incumplidor no puede utilizar la Directiva no actuada contra los particulares en el ejercicio del “ius puniendi” del propio Estado, ampliando los términos de la responsabilidad penal del particular, pues ello vulneraría el principio de legalidad y la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que admite la aplicación directa frente al Estado incumplidor pero no frente al particular. (sentencia citada “Pretore di Salò”, de 11 de junio de 1987).

En consecuencia, para la integración del tipo penal del art. 325 del Código Penal han de tenerse en cuenta, como normativa administrativa cuya infracción integra el tipo, los Reglamentos de la Comunidad Europea que tienen aplicación directa y primacía sobre el Derecho interno, mientras que las Directivas pueden tener eficacia exclusivamente para restringir el tipo pero no para ampliarlo. Este criterio es reafirmado por la sentencia “Kolfinghuis-Nijnugen BU”, de 7 de octubre de 1987, que estima que “en definitiva debería excluirse la posibilidad de que la directiva no actuada pueda comportar una modificación en sentido desfavorable para el individuo de la interpretación de preexistentes disposiciones incriminadoras”.

e) Disposiciones de carácter general con relación a la contaminación acústica.

Desde un punto de vista jurídico, el inicio de la contaminación acústica surge, pues, cuando se traspasa los límites máximo tolerables para el ciudadano medio, y esos valores aparecen recogidos en las normas y reglamentaciones jurídicas, sin olvidar que la mera contravención administrativa no es su-

ficiente para generar un conducta delictiva ya que se requiere un riesgo grave de afectación del bien jurídico protegido.

Antes hemos hecho referencia a las disposiciones generales que de modo indirecto protegen el medio ambiente de manifestaciones de contaminación acústica por superar los límites permitidos de ruidos y vibraciones. Son de mencionar el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, y la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del Ambiente Atmosférico. Igualmente se ha hecho referencia a leyes y Decretos aprobadas por los parlamentos autonómicos sobre este particular y las competencias municipales y locales en materia de ruidos y vibraciones.

Existe, pues, acuerdo doctrinal y jurisprudencial sobre su modalidad de tipo penal en blanco, en tanto en cuanto que para que exista la figura delictiva es necesario remitirse a las leyes y reglamentos protectores del medio ambiente, y se considera necesaria su contravención para que se configure el hecho delictivo. Se trata de un elemento normativo que es necesario dilucidar con antelación al pronunciamiento definitivo sobre la naturaleza penal de las conductas enjuiciadas (Cfr. STS 1725/2002, de 23 de octubre).

5. Aplicación al supuesto objeto de este recurso de la doctrina que se ha dejado expuesta sobre lo que debe entenderse por disposiciones de carácter general.

Expuesta la anterior doctrina procede examinar, en primer lugar, si en el supuesto que examinamos concurre el elemento normativo del tipo objetivo constituido por la infracción de una disposición de carácter general

Los hechos enjuiciados suceden en la ciudad de Palencia, y el Decreto 3/1995 de Castilla y León, de 12 de enero, por el que se establecen las condiciones a cumplir por los niveles sonoros o de vibraciones producidos en actividades clasificadas recoge, en su artículo 1.º, el objeto de este Decreto y así dis-

pone que quedan sometidas a las disposiciones del presente Decreto todas las industrias, actividades, instalaciones, máquinas y, en general, cualquier dispositivo o actividad susceptible de generar niveles sonoros o de vibraciones, que puedan ser causa de molestia a las personas o de riesgos para la salud o el bienestar de las mismas, sin perjuicio de la aplicación de la normativa de Seguridad e Higiene en el Trabajo en su ámbito correspondiente. En su artículo 2.º se establece su ámbito de aplicación disponiendo que el presente Decreto será de obligado cumplimiento en la Comunidad de Castilla y León, con independencia del posterior desarrollo que realice del mismo cada Ayuntamiento por medio de sus ordenanzas, de conformidad con los mínimos establecidos en la presente norma. Su artículo 3.º establece el órgano competente disponiendo que corresponderá al Ayuntamiento, en el ámbito de su Municipio, ejercer de oficio o a instancia de parte, el control de las determinaciones del presente Decreto y de sus normas de desarrollo, exigir la adopción de las medidas correctoras necesarias, señalar limitaciones, realizar cuantas inspecciones sean precisas y aplicar las sanciones correspondientes en caso de incumplirse lo ordenado. Su artículo 5.º señala que la intervención municipal evitará que las perturbaciones por ruidos excesivos excedan de los límites que se señalan en cada caso. Los ruidos se medirán y expresarán en decibelios ponderados, de acuerdo con la escala normalizada A [dB(A)] y en su artículo 7.º se dispone que los ruidos transmitidos al interior de las instalaciones, equipamientos y viviendas, con excepción de los originados por el tráfico, no podrán superar los niveles que se indican en el Anexo II y en ese Anexo, en lo que se refiere a zona residencial se fijan de día en 35 el nivel máximo de dB (A) y de noche en 30 cuando se refiere a piezas habitables, excepto cocinas; en pasillos, aseos y cocinas en 40 y 35, respectivamente y en zonas de acceso común en 50 y 40 dB(A).

(...)

6. Su naturaleza de delito de peligro, bien jurídico protegido y la gravedad del riesgo como otro elemento objetivo del tipo.

No basta la transgresión de una disposición administrativa general protectora del medio ambiente para que pueda actuar el Derecho Penal, se requiere algo más.

Para determinar en qué casos habrá de acudir al Derecho Penal y qué conductas serán merecedoras de una mera sanción administrativa, ha de partirse del principio de intervención mínima que debe informar el Derecho Penal en un moderno Estado de Derecho. Sólo ante los ataques más intolerables será legítimo el recurso al Derecho Penal.

El examen del artículo 325 del Código Penal revela que es la gravedad del riesgo producido la nota clave que permitirá establecer la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el ilícito penal ya que el mencionado precepto exige que las conductas tipificadas “puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”. Y “si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas la pena de prisión se impondrá en su mitad superior”.

La sanción penal debe reservarse, por consiguiente, para aquellas conductas que pongan el bien jurídico protegido (el medio ambiente) en una situación de peligro grave, correspondiendo la protección ordinaria, tanto preventiva como sancionadora, a la actuación y regulación administrativa.

La técnica más adecuada de protección del medio ambiente frente a las transgresiones más graves, que puedan constituir infracciones penales, es la de los delitos de peligro, pues la propia naturaleza del bien jurídico “medio ambiente” y la importancia de su protección exige adelantarla antes de que se ocasione la lesión.

Y eso es lo que se infiere del tipo básico descrito en el artículo 325 del Código Penal en cuanto tras describir las manifestaciones

de la conducta delictiva se añade que «puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales», por lo que es obvio que el tipo no requiere la producción del perjuicio, sino que basta con la capacidad de producirlo.

Se ha suscitado discusión doctrinal sobre si se trata de un delito de peligro abstracto o de mera actividad o bien se exige un peligro concreto para las personas o la naturaleza. La Sentencia de esta Sala 1725/2002, de 23 de octubre, nos recuerda que en cuanto el artículo 45 de la Constitución dispone que todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo, que los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva y que para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado, parece que la figura delictiva debe orientar su protección y fijar su atención prioritaria en la salud de las personas aunque nadie discute que la protección alcanza, de manera directa o indirecta, a la fauna, la flora y los espacios naturales.

En orden a la naturaleza del peligro en esta figura delictiva, la jurisprudencia de esta Sala se inclina por considerarla de peligro abstracto. De ello es exponente la Sentencia 1828/2002, de 25 de octubre, en la que se declara que en el art. 325 CP incorpora el legislador un planteamiento político-criminal diverso del contenido en la anterior regulación, pues opta por configurar el delito como una infracción de peligro abstracto: así, mientras que en el art. 347 bis eran castigados los actos de vertido “que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles”, la actual regulación renuncia a incorporar referencia al-

guna a la producción de un peligro concreto y extiende la punición a todas las actividades de vertido, emisión, etc, que “que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”, previendo una agravación de la pena para aquellos supuestos en los que “el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas”. La Ley establece una clara distinción entre aquellos supuestos en los que se estima imprescindible para la ilicitud que el desarrollo de la conducta peligrosa vaya acompañada de la creación de un peligro concreto para el bien jurídico protegido; y aquellos otros en los que basta para la comisión del delito con la realización de la acción peligrosa, y que no requieren la producción de un resultado concreto. En los primeros define con claridad el supuesto de peligro que debe ser creado por la acción (por ejemplo, en el art. 362 CP); mientras que en los segundos se limita a caracterizar el comportamiento potencialmente peligroso “que puedan perjudicar gravemente” (art. 325 CP) ó “que genere riesgo” (art. 362.2 CP; cfrs. SSTS de 31 de mayo de 2001, 15 de diciembre de 2000 y 4 de octubre de 1999). Y como ya se ha indicado, al argumento literal debe añadirse el teleológico: la interpretación acogida resulta indudablemente en una mayor eficacia en la protección del medio ambiente, especialmente en los supuestos de contaminación más graves, en los que resulta difícil, sino imposible, identificar con la certeza que requiere el proceso penal el origen de la contaminación cuando se trata de zonas sometidas a una intensa agresión, pues los delitos de peligro abstracto no exigen para su consumación la producción de un verdadero resultado de peligro como elemento del tipo objetivo, sino únicamente la comprobación del carácter peligroso de la acción. En cualquier caso, no debe perderse de vista que si bien la configuración del delito contra el medio ambiente del art. 325 CP permite eludir, en cierta manera, los problemas de causalidad, sí que resultará imprescindible la rigurosa comprobación de que la conducta desarrollada ha resultado adecuada e idónea

para poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales (cfr. STS de 3 de abril de 1995). La jurisprudencia posterior a la entrada en vigor del Código Penal de 1995 ha venido aplicando al nuevo art. 325 los mismos criterios interpretativos que se habían consolidado con relación al art. 347 bis CP 1973, es decir, interpretándolo como una modalidad de delito de peligro concreto. Pero no debe perderse de vista que se ha tratado de pronunciamientos referentes a supuestos en los que, bien como ocurre en el presente, la creación de un peligro concreto para el medio ambiente era evidente (SSTS de 17 de septiembre de 2001 y 13 de marzo de 2000); bien se excluía la el propio carácter peligroso de la acción (SSTS de 23 de noviembre de 2001 y 16 de diciembre de 1998) o que la misma entrañara una infracción de las disposiciones legales y reglamentarias protectoras del medio ambiente (STS de 27 de abril de 2001); o bien se enjuiciaban conductas desarrolladas durante la vigencia del Código Penal anterior (SSTS de 19 de mayo de 1999, 16 de diciembre de 1998 y 1 de febrero de 1997). Añade que una clara evolución en la jurisprudencia hacia una interpretación del art. 325 CP próxima a la contenida en la presente sentencia aparece ya en la Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000 y 9 de octubre de 2000.

Lo que sucede en algunos caso, como se expresa en la sentencia que acabamos de mencionar, y asimismo ocurre en el supuesto que es objeto del presente recurso, es que, además, la creación de un peligro concreto para los bienes jurídicos protegidos se presenta como evidente y perfectamente definido.

Y lo que acabamos de expresar nos adentra en el examen del bien jurídico objeto de protección en esta modalidad de delito contra el medio ambiente. Antes hemos hecho mención a la pauta que marca el artículo 45 de la Constitución al hacer referencia al desarrollo de la persona y al fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y

restaurar el medio ambiente, y de ello parece que la figura delictiva debe orientar su protección y fijar su atención prioritaria en la salud de las personas aunque nadie discute que la protección alcanza, de manera directa o indirecta, a la fauna, la flora y los espacios naturales.

En concreto, en lo que se refiere a la contaminación acústica, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso López Ostra), de 9 de diciembre de 1994, en la que conoció de una demanda contra el Estado español por molestias causadas por una estación depuradora de aguas y residuos sólidos próxima a la vivienda de la demandante, reconoce que los olores, ruidos y humos contaminantes provocados por dicha estación depuradora vulneraban su derecho al disfrute de su domicilio y al respeto de su vida privada y familiar garantizados por el art. 8 del Tratado de Roma, de 4 de noviembre de 1950, declarando su derecho a ser reembolsada de los perjuicios morales y materiales sufridos.

El Tribunal Constitucional también ha examinado la afectación de derechos constitucionales a consecuencia de la contaminación acústica. Así, en la Sentencia 119/2001, de 24 mayo, en la que se conoció de demanda interpuesta por quien se sentía perjudicada por las actividades desarrolladas en una discoteca sita en los bajos de la finca en la que residía, se declara que el derecho fundamental a la integridad física y moral, el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la inviolabilidad del domicilio han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. En efecto, habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, de 17 de enero), se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tec-

nológicamente avanzada. A esta nueva realidad ha sido sensible la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como se refleja en las Sentencias de 21 de febrero de 1990, caso Powell y Rayner contra Reino Unido; de 9 de diciembre de 1994, caso López Ostra contra Reino de España, y de 19 de febrero de 1998, caso Guerra y otros contra Italia. En efecto, el ruido puede llegar a representar un factor psicopatógeno destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos. Así lo acreditan, en particular, las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental, cuyo valor como referencia científica no es preciso resaltar. En ellas se ponen de manifiesto las consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas (v. gr. deficiencias auditivas, apariciones de dificultades de comprensión oral, perturbación del sueño, neurosis, hipertensión e isquemia), así como sobre su conducta social (en particular, reducción de los comportamientos solidarios e incremento de las tendencias agresivas). Añade que en dichas resoluciones se advierte que, en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, en los términos del art. 8.1 del Convenio de Roma (SSTEDH de 9 de diciembre de 1994, y de 19 de febrero de 1998). Habremos de convenir en que, cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). Respecto a los derechos del art. 18 CE, ese ámbito de la vida de las personas ha de hacerse en función del libre desarrollo de la personalidad. De acuerdo con este criterio, hemos de convenir en que uno de dichos ámbitos es el domiciliario por ser aquel en el que los individuos, libres de

toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, 137/1985, de 17 de octubre, y 94/1999, de 31 de mayo. Teniendo esto presente, podemos concluir que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insostenibles, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad.

La Sentencia de la Sala Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 2002, comentando la sentencia del Tribunal Constitucional que acabamos de mencionar, pone de relieve la trascendencia del bien jurídico protegido.

Y ciertamente es así, en cuanto nada menos que están en juego los derechos de protección de la salud; a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario; el bienestar y la calidad de vida de los ciudadanos así como el equilibrio de los sistemas naturales.

Y en éste como en los demás casos de los que conocen los Tribunales de lo Penal, se requiere, además, que esa puesta en peligro de estos bienes constitucionalmente protegidos lo sea con entidad y gravedad suficiente para que se justifique la intervención del Derecho Penal.

Respecto al requisito de la gravedad se pronuncia la Sentencia de esta Sala 96/2002, de 30 de enero de 2002 en la que se declara que la exigencia de que el peligro sea grave atribuye a los Tribunales una labor de concreción típica, que un sector doctrinal considera que es función propia del legislador. Semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor (S. 105/99, 27 de enero). Para encontrar el tipo medio de gravedad a que se refiere el art. 325 del CP —y antes el 347 bis— habrá que acudir, como dijo la citada sentencia

105/99, de 27 de enero, a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas, incluida la calidad de vida por exigencia constitucional, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen por tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro.

Cuando se trata de contaminaciones acústicas, tanto el Tribunal de Derechos Humanos como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ponen de manifiesto las graves consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas, integridad física y moral, su conducta social y en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, resaltando que constituyen supuestos de especial gravedad cuando se trata de exposición continuada a unos niveles intensos de ruido.

7. Aplicación al supuesto que se somete al presente recurso de la doctrina expuesta sobre el requisito del grave perjuicio.

En el caso que examinamos, vistos los hechos que se declaran probados, como bien se razona por el Tribunal de instancia, los vecinos del inmueble afectados por el ruido procedente de la Sala de Fiestas han padecido, de forma reiterada y continuada durante fines de semana, puentes y víspera de fiestas, en un periodo aproximado de nueve meses, no sólo de una contaminación acústica que hay que calificar de grave y potencialmente peligrosa, sino que en este caso, además, esa gravedad se ha concretado en serio peligro para la integridad física y psíquica, y la intimidad personal y familiar, y es más, la afectación de los bienes jurídicos protegidos, antes mencionados, ha alcanzado tal intensidad por la conducta del acusado, como

responsable de la Sala de Fiestas, que ha determinado en niños de pocos años problemas y alteraciones de sueño, irritabilidad, cambios de carácter, necesitando algunos de ellos tratamiento hipnótico, igualmente otros vecinos mayores de edad han precisado de tratamiento médico por cefaleas, irritabilidad, nerviosismo, alteración del sistema del sueño, insomnios y disminución de atención y rendimiento e incluso ha llegado a incrementar el número de brotes en un vecino que padece de esclerosis en placas, brotes que disminuyeron cuando se trasladó de domicilio, traslado que igualmente tuvieron que realizar otros vecinos.

Por todo lo que se deja mencionado, el recurrente ha creado una situación de grave peligro para la integridad física, psíquica, intimidad personal y familiar, bienestar y calidad de vida de los vecinos del inmueble que pudieran resultar afectados por las inmisiones de ruido procedentes de la Sala de Fiesta de la que era responsable, habiéndose concretado en riesgo de grave perjuicio para la salud de esas personas. Se ha superado, pues, el umbral que separa el ilícito meramente administrativo del ilícito penal.

8. El tipo subjetivo.

Como señala la Sentencia de esta Sala 822/1999, de 19 de mayo, el tipo subjetivo se integra por el conocimiento del grave riesgo originado por su conducta, activa u omisiva, en una gama que va desde la pura intencionalidad de causar el efecto al dolo eventual, según el nivel de representación de la alta probabilidad de que se produjera esa grave situación de peligro, máxime en casos como el presente en los que fluye, por lo reiterado y contumaz, una decidida voluntad de no desistir de la situación de grave peligro creada.

9. Conclusión.

Concurren, pues, cuantos elementos pertenecen al tipo objetivo, tanto los descriptivos, como los normativos y valorativos, co-

mo los propios del tipo subjetivo, ya que el acusado, contraviniendo el Decreto 3/1995 de Castilla y León, de 12 de enero, en el que se establecen las condiciones a cumplir por los niveles sonoros o de vibraciones producidos en actividades clasificadas, así como la Ordenanza Municipal para la Protección del Medio Ambiente contra las Emisiones de Ruidos y Vibraciones del Ayuntamiento de Palencia, ha sido responsable, con conocimiento de ello, de inmisiones de ruidos procedentes de una Sala de Fiestas que han superado en mucho los límites máximos permitidos y han creado una situación de grave peligro para la integridad física, psíquica, intimidad personal y familiar, bienestar y calidad de vida de los vecinos de un inmueble, habiéndose concretado en riesgo de grave perjuicio para la salud de esas personas.

El Tribunal de instancia ha aplicado correctamente el artículo 325 del Código Penal al condenar al acusado como autor de un delito contra el medio ambiente por contaminación acústica a la pena de dos años y tres meses de prisión y multa.

(...)

Tercero.—(...)

Expuesto lo anterior, es oportuno hacer referencia a la incidencia del principio “ne bis in idem”, cuando al proceso penal ha precedido expediente administrativo que en algún caso, consta que en dos, ha conocido un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1981 expresa que “el principio general de derecho conocido por “non bis in idem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones —administrativa y penal— en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración —relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.— que justifique el ejercicio del “ius puniendi” por los

Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido reconociendo la vigencia del principio que comentamos al declarar que cuando un acto ilícito había sido ya castigado por los Tribunales de justicia, la cosa juzgada impedía una posterior actuación administrativa, pero no al revés; lo que significaba que si era la Administración la primera en imponer la sanción, ello no impedía la posterior actuación y sanción de los órganos judiciales penales.

El Tribunal Constitucional ha declarado con reiteración que el principio “non bis in idem” está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos en su artículo 25.1 (Sentencias 2/1981, de 30 de enero; 159/1985, de 27 de noviembre; 66/1986, de 23 de mayo ...). En la primera de las sentencias citadas, el Tribunal Constitucional, tras la formulación del principio, determina su ámbito de aplicación, así: «*El principio general del Derecho conocido por non bis in idem, supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones administrativa y penal en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento ...*», si bien admite implícitamente la compatibilidad de pena y sanción administrativa «*en los casos en que exista una relación de supremacía especial de la Administración (relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.) que justifique el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración*».

La distinción jurisprudencial entre relaciones de sujeción general y especial, con la consiguiente negación de la vigencia del principio *non bis in idem* en las segundas, se justifica por cierto sector doctrinal en base a que para su aplicación se requiere plena identidad de sujeto, hecho y fundamento jurídico, y en estos casos el último requisito no concurre, pues cada norma, administrativa y penal, protege unos intereses distintos, unos bienes jurídicos diferentes. Sin embar-

go, la mayoría de la doctrina ha criticado esta solución, al no apreciarse ninguna razón que justifique la doble sanción penal y administrativa e igualmente esa ha sido la doctrina seguida por la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Ha sido criterio reiteradamente mantenido por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional la idea de que la subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la Autoridad Judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse a favor de la primera (Cfr. STC 77/1983).

Sin embargo rompe con esta idea la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre, que impide la actuación de la jurisdicción penal desde el momento en que se impone una sanción administrativa y resuelve a favor de la autoridad de ese orden la posible colisión que pudiera producirse entre sus actividades y la de los órganos de la Justicia Penal. Ciertamente esta sentencia otorga el amparo a quien ya había sido sancionado administrativamente y posteriormente fue condenado por la Justicia Penal, como autor de un delito contra el medio ambiente, ya que al afirmarse la identidad de sujeto, hecho y fundamento, irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el derecho fundamental a la legalidad penal y sancionadora (art. 25.1CE), en su vertiente de derecho a no ser sancionado doblemente por unos mismo hechos (“ne bis in idem”), superponer o adicionar otra sanción.

El propio Tribunal Constitucional ha modificado la doctrina que expresó en la sentencia acabada de mencionar y que tuvo varios votos particulares y así en su reciente Sentencia 2/2003, de 16 de enero, declara que la garantía material de no ser sometido a *bis in idem* sancionador, que, como hemos dicho, está vinculada a los principios de tipicidad y legalidad de las infracciones, tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada.... Sigue diciendo que la

triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento.

La sentencia que comentamos niega el amparo, tras haberse seguido un proceso penal, cuando con anterioridad se había seguido un procedimiento administrativo sancionador por los mismos hechos, procedimiento administrativo que no fue recurrido ante los Tribunales de Justicia, es decir, sin haberse producido un control judicial ulterior por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Argumenta dicha sentencia del Tribunal Constitucional, para estimar que no se vulneró en ese supuesto el “ne bis in idem”, que atendiendo a los límites de nuestra jurisdicción de amparo, una solución como la adoptada en este caso por el órgano judicial no puede considerarse lesiva de la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem* sancionador, dado que la inexistencia de sanción desproporcionada en concreto, al haber sido descontada la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir, permite concluir que no ha habido una duplicación —*bis*— de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el art. 25.1 CE. Frente a lo sostenido en la STC 177/1999, de 11 de octubre (FJ 4), no basta la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el

mismo fundamento. En definitiva, hemos de precisar que en este caso no hay ni superposición ni adición efectiva de una nueva sanción y que el derecho reconocido en el art. 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el “doble reproche afflictivo”, sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto.

Si bien igualmente se dice en la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional que ciertamente se hubiera producido la vulneración del derecho constitucional al “ne bis in idem” si se hubiera desconocido la cosa juzgada, efecto que es predicable tan sólo de las resoluciones judiciales, de modo que sólo puede considerarse vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en cuyo haz de garantías se ha reconocido el respeto a la cosa juzgada, el desconocimiento de lo resuelto en una resolución judicial firme, dictada sobre el fondo del litigio. De otra parte, se ha de tener presente que uno de los requisitos de la legitimidad constitucional de la potestad sancionadora de la Administración es la necesaria viabilidad del sometimiento de la misma a control judicial posterior (art. 106 CE; STC 77/1983, de 3 de octubre). De modo que, sin haberse producido dicho control judicial ulterior por la jurisdicción contencioso-administrativa, al haber desistido el sancionado del recurso interpuesto, la resolución administrativa carece de efecto de cosa juzgada.

Ese mismo criterio sobre la eficacia de la cosa juzgada judicial se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo 1765/99, de 11 de enero de 2000, en la que se declara que el principio «non bis in idem» se vulnera cuando no se respeta la «cosa juzgada», en sentido negativo, es decir la prohibición de que un conflicto que ya ha sido enjuiciado por los órganos jurisdiccionales, y en el que ha recaído una resolución firme que se pronuncia sobre el fondo del mismo, pueda ser de nuevo enjuiciado, salvo supuestos excepcionales inspirados por el principio de justi-

cia material, como los prevenidos en el recurso extraordinario de revisión frente a Sentencias condenatorias injustas.

El alcance del artículo 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al disponer que no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento, ha sido igualmente interpretado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la Sentencia acabada de mencionar de 11 de enero de 2000 en la que se dice que a diferencia del proceso civil en el que la aplicación de la excepción de «cosa juzgada» requiere la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, es decir «causa de pedir» o título jurídico invocado, en el proceso penal las únicas identidades exigibles son la subjetiva —en relación con el acusado, ya que los acusadores son contingentes— y la objetiva —identidad del hecho—, pero no la identidad de fundamento o calificación jurídica, ya que unos mismos hechos de los que resulta absuelto en firme el acusado no pueden ser objeto de una nueva acusación en otro proceso, por el mero hecho de un cambio de perspectiva acusatoria.

Es importante destacar, a los efectos de diferenciar la sanción judicial penal de la administrativa que, como nos recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional que se ha dejado mencionada 2/2003, de 16 de enero, estas diferencias, que no empañan la legitimidad constitucional del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, sin embargo, determinan que, en caso de dualidad de ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, por la Administración y la jurisdicción penal, las resoluciones dictadas en ésta no puedan ceder ante las dictadas en aquélla. De ello deriva que ni siquiera la determinación fáctica realizada en el procedimiento administrativo sancionador pueda considerarse que ha sido objeto de pronunciamiento definitivo en estos casos

de concurrencia de infracciones administrativa y penal, pues dicha acotación jurídica de los hechos ha tenido lugar por un órgano público del que no puede predicarse la imparcialidad en el mismo sentido en que se predica y exige de los órganos judiciales y sin sujeción a las garantías de inmediación, oralidad y publicidad en la valoración de la prueba.

El distinto alcance temporal de los hechos que ha sido objeto de sanción administrativa y posteriormente sujeto a enjuiciamiento penal, es destacado en la Sentencia del Tribunal Supremo 2005/2002, de 3 de diciembre, en la que se declara que la sentencia recurrida no ha vulnerado dicha doctrina teniendo en cuenta que la actividad delictiva ha persistido en el tiempo hasta el mes de diciembre de 1998, es decir, con posterioridad a los hechos afectados por los expedientes administrativos los acusados siguieron realizando la actividad delictiva investigada y que ha sido objeto de la condena judicial, por lo que los hechos castigados penalmente no son coincidentes con los sujetos a sanción administrativa. Se trata de un delito permanente cuya consumación se prolonga en el tiempo y alcanza hasta la ce-

sación efectiva de la actividad ilícita (diciembre de 1998).

Y esto último es lo que sucede en el supuesto que examinamos, al haberse apreciado un delito conformado por la reiteración y repetición de conductas que agreden el medio ambiente por contaminación acústica, conducta delictiva que fue precedida de diversos expedientes administrativos, de los que sólo consta, en las presentes actuaciones, que dos de ellos culminarán ante la jurisdicción contenciosa, única capaz de producir el efecto de cosa juzgada, lo que no se ha producido con relación al resto de los hechos que crearon una situación de peligro grave para el medio ambiente, que se materializó en padecimientos físicos y psíquicos para varios de los vecinos del inmueble, conjunto de hechos que constituyen, como se razona en el tercero de los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, un solo delito contra el medio ambiente, delito que se mantendría aunque se excluyesen las conductas que determinaron los expedientes que culminaron en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, ya que la actividad delictiva ha persistido en el tiempo con anterioridad y posterioridad a los hechos afectados por esos expedientes administrativos.

Sentencia 160/2003, Sala de lo Penal del TS, de 24 de febrero de 2003

PRUEBA ILÍCITA.

Art. 11.1 LOPJ

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo**

SÍNTESIS

Haciendo un repaso de la evolución jurisprudencial en materia de prueba ilícita y con cita de las SSTS 1203/2002 y 28/2003 (reproducidas en los núms. 8 y 9 de la Revista de Derecho Penal) en cuya línea se sitúa, declara la Sala la proyección del efecto invalidante de una intervención telefónica declarada ilícita sobre la declaración del acusado al no romperse la “conexión de antijuricidad” y no poder ser considerada prueba jurídicamente independiente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La cuestión suscitada es la del valor que cabe atribuir, como prueba de cargo, a la confesión del imputado cuando ésta se produce a partir de una información obtenida mediante la vulneración de un derecho fundamental que, en el caso planteado por el presente recurso, es el garantizado por el art. 18.3 CE. Hay que reconocer que el tema no ha sido resuelto siempre en la jurisprudencia de la misma manera. En un primer momento, la aplicación del art. 11.1 LOPJ, mediante el que se produjo la recepción en nuestro derecho positivo de la teoría de “los frutos del árbol envenenado”, dio lugar a una línea jurisprudencial, ya anticipada por la STC 114/1984 y proseguida por las SSTC 85/1994 y 107/1995 entre otras, que afirmó la “prohibición absoluta” de valorar las pruebas obtenidas mediante la lesión de un dere-

cho fundamental. En la misma línea se inscribieron Sentencias de esta Sala como la n.º 1380/1999, de 6 de octubre, y la 290/1999, de 27 de Febrero, en las que se encuentran rotundas declaraciones —“cuando la prueba de cargo inicial ha sido obtenida mediante una actuación vulneradora de los derechos fundamentales, procede la anulación de su efectividad probatoria y, como consecuencia del denominado ‘efecto dominó’, ello determina el decaimiento de todas las pruebas posteriores derivadas de ella”— y lógicas advertencias —“su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, acabarían surtiendo efectos en el proceso”— declaraciones y advertencias con que se interpretó el art. 11.1 LOPJ en el único sentido que parece permitir la literalidad del precepto, esto es, el

de que la condición de núcleo esencial del ordenamiento jurídico reconocida a los derechos fundamentales y libertades públicas proclamados en la sección 1.^a del capítulo II del título I de la CE prohíbe valorar, no sólo la prueba directamente obtenida a través de la vulneración de uno de tales derechos o libertades, sino también la que lo hubiera sido de forma indirecta merced a dicha vulneración. No se trata, por cierto, de una doctrina abandonada en la actual jurisprudencia, aunque es innegable que la misma se ha visto parcialmente oscurecida a partir de la STC 81/1998 en que por primera vez se incorporó el concepto de “conexión de antijuridicidad” al debate sobre las consecuencias de la ilicitud constitucional de una prueba. Buena prueba de la vigencia de aquella línea doctrinal es que en la Sentencia de esta Sala n.º 1203/2002, de 18 de Julio, encontramos esta terminante declaración: “La utilización de un hallazgo ilegítimamente obtenido para reclamar del acusado explicaciones sobre su procedencia y, seguidamente, fundamentar la condena en la falta de verosimilitud de dichas explicaciones, constituye un ejemplo manifiesto de utilización ‘indirecta’ de una prueba inconstitucionalmente obtenida, vedada por lo prevenido en el art. 11.1 LOPJ”. Y en las recientes sentencias núms. 28 y 58/2003, de 17 y 22 de enero, respectivamente, en las que larga y razonadamente se afronta la problemática creada por la aludida conexión de antijuridicidad, cuya concurrencia sería necesaria para que la vulneración de un derecho fundamental en el acceso a una prueba de cargo vicie indirectamente de inconstitucionalidad la adquisición de otra prueba de fuente distinta pero asociada en su producción a la primera, se ha puesto de relieve que con la doctrina de la conexión de antijuridicidad “se trata de circunscribir la incidencia de la previsión del art. 11.1 LOPJ, de recortar sensiblemente la eficacia invalidante de la prueba ilícita, allí donde la ley, claramente, no impone restricción, sino todo lo contrario, puesto que comprende tanto los efectos directos como los indirectos”. Esta

misma reflexión se encuentra ya, sin duda alguna, en la base del consejo que se da a los tribunales en la ya mencionada Sentencia n.º 1203/2002, según el cual es necesario manejar con suma precaución la mencionada doctrina “pues, con independencia de su utilidad en supuestos concretos, ha de evitarse que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el art. 11.1 LOPJ y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ de 1985.”.

En la Sentencia recurrida y en sus fundamentos jurídicos quinto y octavo, el Tribunal de instancia expone convincentemente las razones por las que entiende que las autorizaciones judiciales de intervención de los teléfonos 262915 y 737076 de Palma de Mallorca fueron concedidas sin que el Juez Instructor llegase realmente a ponderar la necesidad y la proporcionalidad de la medida, concluyendo que ambas intervenciones fueron practicadas sin que el derecho de los titulares de los referidos teléfonos al secreto de sus comunicaciones —y en definitiva, a la intimidad personal y familiar— recibiese la inexcusable tutela judicial, vulnerándose de este modo la garantía reconocida en el art. 18.1 y 3 CE. Razona asimismo el Tribunal que la ineficacia —derivada de la infracción del derecho fundamental— de las pruebas obtenidas mediante las intervenciones telefónicas se transmitió a las directamente relacionadas con éstas: cintas que contenían las conversaciones grabadas, declaraciones prestadas por los Guardias Civiles para introducir en el juicio oral el contenido de dichas conversaciones, así como el acta de registro y ocupación de la droga, dinero y otros efectos; lo que significa que el resultado del registro fue de hecho expulsado del procedimiento y no tenido en cuenta como prueba de cargo. Pero se dice a continuación, en el fundamento jurídico octavo de la Sentencia, que la ineficacia de estas diligencias “no ha de llevar consigo la invalidez de las declaraciones inculpatorias realizadas por

los distintos coacusados al ser ésta una prueba autónoma y no estar relacionada jurídicamente con las dos anteriores”. (...) Esta Sala no comparte la tesis de que la declaración de este acusado ante el Juez de Instrucción que obra al folio 124 —única que realmente se puede considerar prestada puesto que en la indagatoria que figura al folio 918 sólo se dice, con fórmula estereotipada que se repite en la de todos los acusados, “que no está conforme con los hechos que se le imputan” y “se ratifica en lo declarado anteriormente”— sea una prueba autónoma con respecto a la diligencia de entrada y registro de su domicilio, en la que, sin que a ello quepa atribuir efecto probatorio, se dice fue encontrada una cierta cantidad de cocaína.

Aplicando la doctrina de la conexión de antijuridicidad con la prudencia sugerida en la Sentencia 1203/2002, no puede decirse que la declaración autoinculpatoria del acusado cuyo recurso examinamos estuviese desconectada de la diligencia de entrada y registro, a su vez inválida por haber dependido directamente de una información obtenida merced a la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. Tal desconexión no es apreciable por dos razones fundamentales: A) En primer lugar, porque toda la información que sirvió de base para que el Instructor formulase al acusado las pre-

guntas que dieron lugar a la declaración autoinculpatoria fue conseguida gracias, primeramente, a la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones que invalidó, después, el registro del domicilio, de forma que entre aquella inicial vulneración y la declaración del acusado corre un “hilo conductor” —Sentencia 28/2003— de causalidad natural y jurídica. B) Y en segundo término porque, siendo constitucionalmente ilícito el origen de la información que tenía el Instructor, no era suficiente para romper aquel hilo conductor el hecho de que el acusado declarase voluntariamente y asistido de Letrado —que no fue, por cierto, el que designó, al folio 69, al ser instruido de sus derechos por la Fuerza instructora del atestado— si no se le advertía de la invalidez de la prueba que supuestamente obraba contra él, advertencia que obviamente no le hizo quien había actuado, según el Tribunal sentenciador, con “una total y absoluta pasividad” en relación con la actividad investigadora de la Policía Judicial. No hubo, pues, desconexión entre la prueba ilícitamente obtenida y la declaración autoinculpatoria del acusado por lo que ésta, indirectamente dependiente de la violación de un derecho fundamental, no debió ser valorada como prueba de cargo a tenor de la prohibición establecida en el art. 11.1 LOPJ.

Sentencia 258/2003, Sala de lo Penal del TS, de 25 de febrero de 2003

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y VALORACIÓN PROBATORIA.

Art. 24.2 CE

Ponente: **Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón**

SÍNTESIS

Aplicando el criterio sentado en la STC 167/2002 (reproducida en el n.º 8 de la Revista de Derecho Penal) se declara la imposibilidad de casar

la sentencia absolutoria de instancia y dictar una nueva condenatoria sobre la base de cuestionar la credibilidad de las manifestaciones exculpatorias del acusado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

La presunción de inocencia, constitucionalmente garantizada, impone a la acusación la carga de la prueba por encima de cualquier duda razonable. El control casacional del cumplimiento del referido principio constitucional permite la constatación de la concurrencia de una suficiente prueba de cargo, constitucionalmente obtenida, lícitamente practicada y racionalmente valorada, que fundamente cualquier sentencia condenatoria. Pero la Constitución no incluye un principio de presunción de inocencia invertida, que autorice al Tribunal casacional a suplantar la falta de convicción condenatoria del Tribunal de instancia que ha presenciado personalmente la prueba, revisando la credibilidad de declaraciones que no ha contemplado e introduciendo certeza condenatoria donde el Tribunal sentenciador sólo apreció dudas absolutorias.

En consecuencia no puede accederse a la pretensión del Ministerio Fiscal, que en su primer argumento de recurso interesa que esta Sala case la sentencia de instancia y funde una nueva sentencia condenatoria sobre la base de cuestionar la credibilidad de una manifestación exculpatoria que esta Sala no ha tenido ocasión de contemplar en directo y que sin embargo el Tribunal sentenciador ha valorado con inmediatez.

Si el Tribunal “a quo”, que ha podido valorar con las garantías de la inmediatez y la contradicción la declaración del inculcado, estima razonable su versión y considera que la declaración prestada ante la Sala ofrece

visos de credibilidad, hasta el punto de concluir que “la razonabilidad de la hipótesis de su participación en el tráfico de drogas no resulta, en este caso, confirmada por la irrazonabilidad de la que se le opondrá”, no puede este Tribunal, que carece de inmediatez, revisar dicha valoración.

Cuarto.—El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en su Sentencia de 27 de junio de 2000 —caso Constantinescu contra Rumania, — que un Tribunal superior que no ha apreciado los testimonios prestados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir su culpabilidad prescindiendo del pronunciamiento absolutorio en primera instancia, salvo, ha de entenderse, que resuelva exclusivamente cuestiones jurídicas o ajenas a la valoración de dicha declaración.

Asimismo, las recientes SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, 170/2002, de 30 de septiembre, 199/2002, de 28 de octubre y 212/2002, de 11 de noviembre de 2002, han modificado la doctrina anterior del Tribunal Constitucional para reconocer que también en la resolución del recurso de apelación las Audiencias Provinciales deben respetar la valoración probatoria íntimamente vinculada a los principios de contradicción e inmediatez, dado que el recurso de apelación penal español, como sucede con la casación, no permite la repetición de las pruebas personales practicadas en la instancia.

Sentencia 259/2003, Sala de lo Penal del TS, de 25 de febrero de 2003

TRÁFICO DE DROGAS.

Art. 368 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Marañón Chávarri**

SÍNTESIS

Aunque el legislador parece operar, en el delito de tráfico de drogas, con un concepto unitario de autor, ello no obsta a la posibilidad de admitir conductas de simple complicidad, como sucede con la enjuiciada (facilitar el teléfono del “camello”).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

3. La jurisprudencia de esta Sala, manifestada, entre otras, en las sentencias de 24.3.93, 23.12.93, 19.1.95, 14 y 16.6.95, 10 y 26.10.95, 438/96 de 24.6, 128/96 de 6.11, 10.3.97, 1047/97 de 7.7, 1593/97 de 18.12, 219/98 de 17.3, 6.3.98, 149/2000 de 28.1, 1338/2000 de 24.7, 1736/2000 de 15.11, 2053/2000 de 24.12, 356/2001 de 6.3 y 1551/2002 de 19.2, pone de relieve la dificultad de subsumir la participación en el delito de tráfico de drogas en la figura de complicidad, dado que los preceptos sancionadores de tal delito —el 344 del CP. de 1973 y el 368 del CP. de 1995— definen un concepto extensivo de autor, que excluye en principio las formas accesorias de participación. Se ha admitido la complicidad con carácter excepcional en aquellas conductas que no favorecen directamente al tráfico, sino que benefician al traficante —favorecimiento al favorecedor— y en aquellos supuestos en que la intervención del partícipe es de poca entidad y de carácter ocasional, en relación con la importancia de la operación, considerándose que mientras el autor ejercita actos

propios, el cómplice colabora en hechos ajenos y no se halla vinculado al negocio de la droga. Con arreglo a la doctrina señalada, habrá que apreciar autoría en las actividades nucleares y de primer grado a que se refiere el tipo del art. 368 del CP. de creación de droga, mediante el cultivo o la elaboración, de aproximación de la droga al consumidor, mediante el transporte, el traslado y la entrega del estupefaciente, y de posesión de la droga con finalidad de tráfico. Se han considerado las acciones relacionadas con la droga integrantes de autoría, si el partícipe es tenedor de la sustancia. La complicidad quedará reservada a las actuaciones periféricas y de segundo grado en las que ni se crea, ni se traslada, ni se entrega, ni se posee la droga. Para distinguir la complicidad, prevista en el art. 29 del CP., de la cooperación necesaria, a que se refiere el apartado b) del párr. 1.º del art. 28 del mismo Cuerpo Legal, habrá que ponderar si la actividad auxiliar es indispensable o prescindible, siendo de aplicación las teorías sobre la “condicio sine qua non” sobre los bienes escasos y sobre el dominio de la acción, con arreglo a las cuales habrá cooperación necesaria cuando la actuación auxiliar sea decisoria y suponga una

aportación difícil de conseguir, y el partícipe pueda determinar el cese de la actividad delictiva, al retirar su apoyo.

Conforme se expone en la sentencia de esta Sala de 14.6.95, la aplicación de la complicidad permite una más proporcionada individualización de las responsabilidades penales derivadas del delito de tráfico de drogas, distinguiendo la del verdadero traficante de la del que presta a éste un servicio auxiliar.

Como casos concretos admitidos por la jurisprudencia como complicidad en el delito de tráfico de drogas pueden citarse:

La mera indicación al consumidor que quiere comprar droga del lugar donde se vende e incluso el acompañamiento hasta dicho lugar (sentencia de 9.7.87 y 1338 (2000 de 24.7).

La ocultación ocasional y de corta duración de una pequeña cantidad de droga (sentencia de 10.7.95, 30.3.91 y 155/2002 de 19.6).

El transporte de droga desde el domicilio del traficante a otro, con fines de ocultación (sentencia 1993/2001 de 18.10).

La recepción de llamadas telefónicas hechas por el porteador de la droga, desde distintos puntos del viaje de regreso a España, y el traslado de los mensajes a los implicados con el transportista (Sentencia 1047 de 7.7.97).

La vigilancia del lugar donde está la droga (sentencia 2459/2001 de 21.12).

4. Partiendo de la doctrina expuesta en el precedente apartado, el recurso del MINISTERIO FISCAL debe desestimarse, en cuanto que los actos imputados a E. L. V. —facilitación a L. M. Q. H. del teléfono del suministrador de cocaína, G. M. C. y del precio de 10 gramos de dicha sustancia, una vez averiguado tal dato por E., mediante conversación con G.— deben considerarse como periféricos, de segundo grado y de poca entidad, integrantes de complicidad, habiéndose considerado constitutivos de tal forma accesoria de participación, por sentencias de esta Sala la mera facilitación del lugar donde puede adquirirse la droga, y debiendo estimarse equiparable a tal conducta la consistente en proporcionar el teléfono del suministrador del estupefaciente, al que pretende adquirirlo.

No supone un obstáculo a esta conclusión las alegaciones formuladas por el Ministerio Fiscal en su recurso, con la cita de las sentencias de 20.3 y 20.7.2000 y de la doctrina jurisprudencial que considera integrante de autoría la actividad de intermediación entre consumidor y suministrador en el tráfico de drogas, ponderando que en el supuesto enjuiciado la intermediación supone una actividad de poca entidad, periférica y de segundo grado.

Sentencia 327/2003, Sala de lo Penal del TS, de 25 de febrero de 2003

GENOCIDIO. PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL.

Art. 23 núm. 4 LOPJ

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

En orden a la eventual jurisdicción de los Tribunales Españoles para conocer de hechos calificables como genocidio, sucedidos en Guatemala,

el Tribunal Supremo, tras despejar las dudas sobre la recurribilidad en casación del previo auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, ofrece una interpretación restrictiva del alcance del principio conocido como “justicia universal”, ante la que varios magistrados formulan un voto particular discrepante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Con carácter previo debemos responder a la alegación inicial del Ministerio Fiscal, que sostiene que contra la resolución del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no cabe recurso de casación. El examen de los antecedentes permite comprobar que, presentada la denuncia inicial e incoadas Diligencias Previas, el Juzgado de instrucción confirió traslado al Ministerio Fiscal para que dictaminara sobre la competencia. El Ministerio Fiscal emitió el correspondiente informe y sostuvo la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer de los hechos denunciados, ocurridos fuera del territorio nacional, por las razones que en el citado escrito se adujeron, y el Juzgado resolvió a favor de la existencia de jurisdicción. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de reforma, que fue desestimado, interponiendo entonces recurso de apelación, que fue resuelto por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el sentido de negar la jurisdicción de los Tribunales españoles, al no cumplirse, en este momento, los requisitos que entendió exigibles. Contra esta resolución se interpuso recurso de casación.

Es preciso, en primer lugar, identificar correctamente la cuestión planteada. Los hechos inicialmente denunciados han tenido lugar en Guatemala en fechas comprendidas entre 1978 y 1990, y han sido calificados por los denunciantes como constitutivos de delitos de genocidio, terrorismo y torturas. El Auto impugnado afirma que “no procede

el ejercicio en este momento de la jurisdicción penal española para la persecución de los referidos hechos, debiendo el Instructor archivar las Diligencias Previas por el expresado motivo de falta de jurisdicción”. No se trata, pues, de una inadmisión de querrela propiamente dicha por falta de competencia del Juez ante el que se presenta. No se trata tampoco de un auto de sobreseimiento, libre o provisional. El archivo de las diligencias que ordena la resolución impugnada no se produce por ninguna de las causas previstas en los artículos 637 y 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino como consecuencia de la afirmación de la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles. Lo que se ha planteado versa sobre el alcance e interpretación de las disposiciones aplicables para determinar si en España pueden ser juzgados hechos que han ocurrido en territorio de otro país, sujeto a la soberanía de otro Estado, y que, por lo tanto, no quedan bajo los efectos del principio general de territorialidad de la Ley penal española.

La jurisdicción es una de las expresiones de la soberanía del Estado. Es entendida como la facultad o potestad de juzgar, es decir, de ejercer sobre determinadas personas y en relación a determinados hechos, uno de los poderes del Estado, sometiéndolas, en el caso del derecho penal, al ius puniendi que la ley le atribuye. En este sentido tiene carácter previo a la competencia y no puede ser confundida con ella. La determinación de la competencia supone atribuir a unos determinados órganos jurisdiccionales el conocimiento de una determinada clase de asuntos

de forma prevalente a otros órganos jurisdiccionales, pero a todos ellos les ha sido reconocida previamente la jurisdicción.

La ley regula expresamente algunos supuestos de conflictos sobre la jurisdicción. Pueden plantearse entre órganos de diversos órdenes jurisdiccionales; entre órganos de la jurisdicción ordinaria y de la militar, y entre órganos jurisdiccionales y la Administración. Los primeros, llamados conflictos de competencia en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, son resueltos por una Sala especial del Tribunal Supremo. Los mencionados en segundo lugar son resueltos por la Sala de Conflictos de Jurisdicción presidida por el Presidente del Tribunal Supremo e integrada por Magistrados de este alto Tribunal (artículo 39 de la LOPJ). Y los citados en tercer lugar se resuelven por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, presidido por el Presidente del Tribunal Supremo e integrado por Magistrados de ese Tribunal y por Consejeros Permanentes de Estado (artículo 38 de la LOPJ y Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales).

La regulación que determina el órgano competente para la resolución de estas cuestiones, sintéticamente mencionada, permite resaltar que cuando se trata de determinar el alcance de la jurisdicción, bien entre distintos órdenes jurisdiccionales, bien entre la jurisdicción ordinaria y la militar o bien entre los Tribunales y la Administración, la decisión se sitúa al máximo nivel.

El problema que se resuelve en el Auto impugnado no se suscita entre los distintos órganos citados antes, sino que se trata de una cuestión que se ha planteado al amparo del artículo 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En este precepto, luego de afirmar el carácter improrrogable de la jurisdicción, ya consignado respecto de la jurisdicción criminal en el artículo 8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se ordena a los órganos judiciales el examen de oficio de la falta de jurisdicción, resolviendo sobre la misma con audiencia previa del Ministerio

Fiscal y de las partes, dictando resolución fundada e indicando el orden jurisdiccional que se estime competente.

Debe resaltarse además que, habida cuenta de las características de la cuestión concreta planteada, no llegará a producirse una auténtica controversia entre órganos jurisdiccionales acerca de la capacidad de conocer de los hechos denunciados, pues como de alguna forma ya vinimos a reconocer en el Auto de esta Sala n.º 260/1998, de 21 de enero, hoy en día no es viable jurídicamente plantear una cuestión de competencia con un Tribunal extranjero pues no existe ningún mecanismo o instancia supranacional para la resolución del eventual conflicto positivo o negativo que pudiera plantearse. De esta manera, ante la negativa del Auto que se recurre a estimar la jurisdicción de los Tribunales españoles no puede esperarse el planteamiento de un conflicto negativo con otro Tribunal, por lo que la resolución adoptada resolvería definitivamente la cuestión.

Se trata, pues, de un supuesto excepcional, no regulado expresamente por el legislador, que trasciende de una cuestión de competencia entre órganos jurisdiccionales internos y que se diferencia de los conflictos antes expuestos en cuanto que consiste en la determinación del alcance de un poder del Estado español, el Poder Judicial, sobre hechos cometidos en territorios sometidos a la soberanía de otro Estado, teniendo la decisión carácter definitivo al no ser posible el planteamiento de un conflicto negativo de jurisdicción.

El artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que solo procederá recurso de casación contra los autos dictados con carácter definitivo por las Audiencias Provinciales y únicamente por infracción de ley en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso. En el segundo párrafo de este mismo artículo se dispone que los autos de sobreseimiento se reputarán definitivos en el solo caso de que fuere libre el acordado, por entenderse que los hechos su-

mariales no son constitutivos de delito y alguien se hallare procesado como culpable de los mismos.

Ni la Ley Orgánica del Poder Judicial ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal establecen específicamente los recursos que caben contra la decisión adoptada en el ámbito del artículo 9.6 de la primera, ni concretamente si cabe recurso de casación. La excepcionalidad y especial importancia de la cuestión en cuanto que afecta a la extensión espacial de la jurisdicción de los Tribunales del Estado español harían razonable que la decisión final correspondiera al Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (artículo 123.1 de la Constitución).

Sin embargo, podemos decir que en tanto que se trata de la posición de un Tribunal de instancia que resuelve definitivamente apreciando la falta de jurisdicción, sin que exista la posibilidad del planteamiento posterior de un conflicto negativo que permitiera una decisión definitiva por otro órgano superior, la decisión adoptada es equiparable a la resolución estimatoria de la declinatoria prevista en el artículo 676 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que esta Sala ha interpretado desde el acuerdo adoptado en el Pleno no jurisdiccional de 8 de mayo de 1998, aplicado entre otras en la STS de 6 de julio de 1998, en el sentido de estimar procedente el recurso de casación salvo en las causas tramitadas con arreglo a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

Por las razones expuestas debemos desestimar la alegación inicial del Ministerio Fiscal y entrar en el fondo del asunto.

(...)

Sexto.—En el auto impugnado se acepta como límite al principio de persecución universal el criterio de la subsidiariedad, de forma que la intervención de la jurisdicción española en materia de persecución del genocidio cometido en país extranjero solamente estaría justificada en defecto de las jurisdicciones inicialmente competentes según el

Convenio, es decir, los tribunales del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido o una corte penal internacional que sea competente respecto de aquellas partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción, corte penal que, respecto de los hechos denunciados ocurridos en Guatemala no ha sido constituida, sin que la Corte Penal Internacional tenga competencia dados los términos del artículo 11 del Estatuto de Roma.

Los recurrentes alegan que se ha realizado una interpretación errónea del artículo 6 del Convenio y del artículo 17 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, pues de ellos no se puede deducir la subsidiariedad de la jurisdicción española.

El Convenio no establece la jurisdicción universal, pero tampoco la excluye. Tampoco excluye otros criterios. Si se reconoce la posibilidad de que intervenga más de una jurisdicción nacional, al ser varios los criterios de atribución jurisdiccional, habrá de aceptarse algún criterio de prioridad, orientado a resolver los supuestos de concurrencia efectiva y real de jurisdicciones activas, de manera que ha considerarse natural que la actuación de los Tribunales del lugar de comisión excluya, en principio, la de los Tribunales de otro Estado.

Desde la perspectiva del derecho vigente en Guatemala, no apreciamos la existencia de un impedimento u obstáculo legislativo para la persecución de los hechos denunciados. Los recurrentes lo deducen de la interpretación que hacen de la legislación guatemalteca que consideran aplicable al caso. Su planteamiento, con independencia de otras razones que se derivan de esta Sentencia, no podría ser acogido, pues no nos consta que esa interpretación sea precisamente la que hacen los Tribunales de Guatemala competentes para el enjuiciamiento de los hechos. Por el contrario aparece documentalmente acreditado que la Ley de Reconciliación Nacional de 1996, aprobada en Guatemala después de los acuerdos de paz, excluye expresamente de la amnistía los delitos de genocidio, de modo que, lo que los recurrentes sostienen, no es otra cosa que su interpreta-

ción particular de la legalidad vigente en aquel país, interpretación que no puede sustituir a la que corresponde hacer a los órganos jurisdiccionales correspondientes ante un problema interpretativo planteado por la legislación de su propio país, y cuyo sentido en este momento no consta acreditado.

En cualquier caso, el criterio de la subsidiariedad, además de no estar consagrado expresa o implícitamente en el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, no resulta satisfactorio en la forma en que ha sido aplicado por el Tribunal de instancia. Determinar cuando procede intervenir de modo subsidiario para el enjuiciamiento de unos concretos hechos basándose en la inactividad, real o aparente, de la jurisdicción del lugar, implica un juicio de los órganos jurisdiccionales de un Estado acerca de la capacidad de administrar justicia que tienen los correspondientes órganos del mismo carácter de otro Estado soberano.

En primer lugar, en este caso, de un Estado soberano con el que España mantiene relaciones diplomáticas normalizadas. Una declaración de esta clase, que puede tener extraordinaria importancia en el ámbito de las relaciones internacionales, no corresponde a los Tribunales del Estado. El artículo 97 de la Constitución española dispone que el Gobierno dirige la política exterior, y no puede ignorarse la repercusión que en ese ámbito puede provocar una tal declaración.

Por otro lado, el artículo VIII del Convenio para la represión y la sanción del delito de genocidio determina el procedimiento que deben seguir las partes contratantes en estos casos. Dispone este artículo que “Toda Parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III”, actuación que no correspondería hacer efectiva a los órganos de la jurisdicción española. Sin embargo, esta previ-

sión, que obliga a España como parte del Convenio, permite una reacción en el ámbito internacional tendente a evitar la impunidad de esta clase de conductas.

Ello sin perjuicio de las resoluciones que la Comunidad Internacional pudiera adoptar por propia iniciativa. En este sentido, constan en las actuaciones varios informes de la Misión de Naciones Unidas (MINUGUA), que actúa en verificación del proceso guatemalteco en cuanto se refiere al respeto y protección de los Derechos Humanos, en los que se hace referencia a las dificultades actuales en ese país, lo que pone de relieve el conocimiento que tienen los órganos de Naciones Unidas de aquella situación. No puede dejar de valorarse que esos informes no han provocado una respuesta de las Naciones Unidas semejante a la ofrecida en los casos de Ruanda y la ex Yugoslavia.

Séptimo.—Los recurrentes sostienen que los hechos denunciados son constitutivos de un delito de genocidio. Solamente a los efectos de esta resolución se admite con carácter provisionalísimo, sin que ello implique perjuicio alguno respecto al fondo, que los hechos denunciados pueden ser constitutivos de un delito de genocidio en cuanto afectan al pueblo maya como grupo étnico.

El Convenio para la prevención y sanción del genocidio, de 9 de diciembre de 1948, al que se adhirió España el 13 de septiembre de 1968, fue publicado en el BOE de 8 de febrero de 1969. En este Convenio, las partes contratantes confirman que el genocidio es un delito de derecho internacional que se comprometen a prevenir y a sancionar. Esta disposición, aunque supone la concreción normativa del sentimiento internacional acerca del delito de genocidio, no puede interpretarse en el sentido pretendido por los recurrentes, según los cuales significa la consagración de la jurisdicción universal. Tal entendimiento sería contradictorio con lo establecido posteriormente en el artículo 6, que dispone que será competente para el enjuiciamiento la jurisdic-

ción del territorio o una corte penal internacional. (Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción).

Esta determinación de la jurisdicción no tendría sentido si se entendiera que el artículo I ya había consagrado el compromiso de las partes contratantes de proceder a su persecución y sanción sea cual fuere el lugar de comisión. Además, el artículo VIII del Convenio, antes transcrito, no autoriza a cada Estado a instituir su jurisdicción bajo aquel principio de jurisdicción universal, sino que contempla otra forma distinta de reaccionar ante la comisión de este delito fuera de su territorio, estableciendo expresamente el recurso a los órganos competentes de la ONU con la finalidad de que adopten las medidas pertinentes en cada caso.

En ejecución del Convenio, España incorporó el delito de genocidio a su legislación penal, mediante la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, que lo incluyó en el Código Penal entonces vigente, entre los delitos contra el derecho de gentes. Pero no modificó las normas que regulaban los supuestos de extraterritorialidad para incluir en ellas de modo expreso el principio de jurisdicción universal respecto del delito de genocidio.

Octavo.—Sin embargo, como ya hemos indicado, aunque el Convenio no establece expresamente la jurisdicción universal, tampoco la prohíbe. No sería correcto interpretar sus disposiciones de modo que impedirían la persecución internacional de este delito con arreglo a otros criterios o principios distintos del territorial.

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que derogó a la anterior ley de 1870, en su artículo 23.4 establece que será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio

nacional susceptibles de tipificarse según la ley penal española, como delito de genocidio, entre otros. [Terrorismo; piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; falsificación de moneda extranjera; delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces (estos últimos desde la Ley Orgánica 11/1999); tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España]. Sin perjuicio de las diferencias apreciables entre unos y otros delitos, no establece particularidad alguna respecto al régimen de su persecución extraterritorial.

Una previsión tan general como la contenida en este precepto suscita ciertos interrogantes.

En el ámbito del funcionamiento de los Tribunales nacionales españoles, este artículo no puede ser interpretado de modo que conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como alguno de los delitos a los que se refiere, cualquiera que fuera el lugar de su comisión y la nacionalidad de su autor o víctima. Y en nuestro derecho penal y procesal penal no está establecido el principio de oportunidad, ni viene incorporado por los tratados suscritos en la materia.

Desde otra perspectiva, de mayor amplitud, se debe analizar, especialmente, si el principio de jurisdicción universal puede ser aplicado sin tener en consideración otros principios del derecho internacional público. Como principio, y con carácter general, la previsión de la ley española ha de hacerse compatible con las exigencias derivadas del orden internacional, tal como es entendido por los Estados.

La jurisdicción es una manifestación de la soberanía del Estado, por lo que sus límites iniciales son coincidentes con los que le corresponden a aquella, que en muchos aspectos viene delimitada por la de otros Estados. En este sentido, no son absolutamente equiparables los supuestos referidos a luga-

res no sometidos a ninguna soberanía estatal y aquellos otros en los que la intervención jurisdiccional afecta a hechos ejecutados en el territorio de otro Estado soberano.

La extensión extraterritorial de la ley penal, en consecuencia, se justifica por la existencia de intereses particulares de cada Estado, lo que explica que actualmente resulte indiscutible el reconocimiento internacional de la facultad de perseguir a los autores de delitos cometidos fuera del territorio nacional, sobre la base del principio real o de defensa o de protección de intereses y del de personalidad activa o pasiva. En estos casos el establecimiento unilateral de la jurisdicción tiene su sentido y apoyo fundamental, aunque no exclusivo, en la necesidad de proveer a la protección de esos intereses por el Estado nacional.

Cuando la extensión extraterritorial de la ley penal tenga su base en la naturaleza del delito, en tanto que afecte a bienes jurídicos de los que es titular la Comunidad Internacional, se plantea la cuestión de la compatibilidad entre el principio de justicia universal y otros principios de derecho internacional público.

A este respecto, es preciso tener en cuenta que en la doctrina del derecho penal internacional público no existe ninguna objeción al principio de justicia universal cuando éste proviene de una fuente reconocida del derecho internacional, especialmente cuando ha sido contractualmente aceptado por Estados parte de un Tratado. En tales casos se admite que el principio tiene una justificación indudable. Por el contrario, cuando solo ha sido reconocido en el derecho penal interno, en la práctica, los alcances de dicho principio han sido limitados por la aplicación de otros igualmente reconocidos en el derecho internacional. En este sentido, se ha entendido que el ejercicio de la jurisdicción no puede —como ha quedado dicho— contravenir otros principios del derecho internacional público ni operar cuando no existe un punto de conexión directa con intereses nacionales. Ambas limitaciones han sido expresamente aceptadas por los Tribunales alema-

nes (confr. Tribunal Supremo Federal Alemán, BGHSt 27,30: 34,340; auto de 13.2.1994 [1 BGs 100/94]).

Por su parte, la Corte de Casación Belga, en su decisión sobre la causa “Sharon, Ariel; Yaron, Amos, y otros”, aunque sin duda ha atendido a las particularidades de su legislación interna (artículos 12 y 12 bis de la Ley Procesal de 17 de abril de 1878), después de reconocer que la costumbre internacional se opone a que los Jefes de Estado y de Gobierno en ejercicio sean juzgados por Tribunales extranjeros, en ausencia de disposiciones internacionales que obliguen a los Estados concernidos, ha resuelto que la exclusión de la inmunidad establecida en el artículo IV del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, [Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera otro de los actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares], solo es aplicable respecto de los procesos seguidos ante los Tribunales competentes según el propio Convenio, no alcanzando a los supuestos en que el procedimiento se siga ante un Tribunal cuya competencia no esté establecida por derecho internacional convencional.

Anteriormente la Corte Internacional de Justicia en decisión de 14 de febrero de 2002, había declarado, sobre la base de la violación del estatuto de inmunidad diplomática, la nulidad de una orden de arresto de la justicia belga contra un ex ministro del Congo, expedida en el ejercicio de la jurisdicción universal prevista en el derecho belga.

Noveno.— Como antes indicábamos, hoy tiene un importante apoyo en la doctrina la idea de que no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción. Sin duda existe un consenso internacional respecto a la necesidad de perseguir esta clase de hechos, pero

los acuerdos entre Estados no han establecido la jurisdicción ilimitada de cualquiera de ellos sobre hechos ocurridos en el territorio de otro Estado, habiendo recurrido, por el contrario, a otras soluciones.

La cuestión se plantea en ocasiones con especiales particularidades, pues no puede descartarse que, en determinadas circunstancias, se hayan cometido crímenes de derecho internacional con el consentimiento o, incluso la participación directiva, de las autoridades del Estado, lo que podría impedir su efectiva persecución. En estos supuestos, los crímenes se cometen en el marco de lo que en la doctrina moderna se ha identificado como estructuras o maquinarias de poder organizadas, que, situadas extramuros del Estado de Derecho, presentan características propias muy específicas, que repercuten especialmente sobre las reglas de la autoría y la participación.

En estas ocasiones, la especial gravedad de los hechos, unida a la ausencia de normas internacionales expresas, o a la inexistencia de una organización internacional de los Estados, podría explicar la actuación individual de cualquiera de ellos orientada a la protección de los bienes jurídicos afectados.

Sin embargo, no es posible afirmar que se trate de una materia en la que no rija ningún criterio. Ya antes hacíamos referencia al artículo VIII del Convenio contra el genocidio, que reiteramos ahora, en cuanto que prevé, en esta materia, que cada parte contratante pueda “recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio”, lo que, por otra parte, ya ha ocurrido, al menos en relación con la creación de Tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda. Esta previsión obliga indudablemente a España como parte en el Convenio.

Por otra parte, no cabe duda alguna que el principio de no intervención en asuntos de otros Estados (artículo 2.7 Carta de las Naciones Unidas) admite limitaciones en lo re-

ferente a hechos que afectan a los derechos humanos, pero estas limitaciones solo son inobjetables cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuerdos entre Estados o sea decidida por la Comunidad Internacional, y en especial por las Naciones Unidas como su órgano representativo, de forma que una tal decisión no debería ser adoptada unilateralmente por un Estado o por los jueces de un Estado, apreciando por sí la necesidad o conveniencia de la intervención.

En este mismo sentido, el derecho escrito de la Comunidad Internacional, que representa el nivel de acuerdo alcanzado por un número importante de países, no permite a la Corte Penal Internacional declarar su competencia más que en aquellos casos en que, bien el Estado del lugar de comisión o bien el de la nacionalidad del autor, sean parte en el Estatuto de Roma, de 17 de julio de 1998, y hayan reconocido así la competencia de la Corte. En otro caso sería necesaria una actuación concreta del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en orden a la persecución de los hechos, exigencia que sitúa la posible reacción internacional muy alejada de la actuación unilateral e individualizada de cualquiera de los Estados, por muy justificada que pudiera estar desde el punto de vista moral.

En los tratados internacionales suscritos en orden a la persecución de delitos que afectan a bienes cuya protección resulta de interés para la Comunidad Internacional, se plasman criterios de atribución jurisdiccional basados generalmente en el territorio o en la personalidad activa o pasiva, y a ellos se añade el compromiso de cada Estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no conceda la extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad, y suprimiendo la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio. Pero no se ha establecido expresamente en ninguno de esos tratados que cada Estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogíéndose

solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado, ni aún en los casos en que éste no procediera a su persecución.

Décimo.—España ha suscrito varios tratados internacionales en relación a la persecución de delitos que protegen bienes jurídicos cuya protección interesa en general a la Comunidad internacional.

El recurso a lo dispuesto en los tratados se justifica por varias vías. En primer lugar, el artículo 23.4, apartado g), de la Ley de 1985, contiene una remisión general a los supuestos de delitos que según los tratados o convenios internacionales deban ser perseguidos en España. Es congruente con las finalidades que se pretende satisfacer que la persecución de crímenes de derecho internacional presente la homogeneidad que se aprecia en la regulación establecida en los referidos acuerdos internacionales. En segundo lugar, porque en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución, lo acordado en los tratados se incorpora al ordenamiento interno y, además, en cumplimiento del artículo 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, no puede ser alterado ni dejado de cumplir sobre la base de disposiciones de la legislación interna de cada Estado.

Entre esos tratados y convenios puede hacerse referencia, no exhaustiva, a los que se mencionan a continuación.

La Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, de 14 de diciembre de 1973, publicada en el BOE de 7 de febrero de 1986. En esta Convención se dispone que cada Estado dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos previstos en la misma, en los siguientes casos: 1, cuando se haya cometido en territorio del Estado o a bordo de un buque o aeronave matriculado en ese Estado; 2, cuando el presunto culpable sea nacional de ese Estado; 3, cuando el delito se haya cometido contra una persona internacional-

mente protegida que disfrute de esa condición en virtud de las funciones que ejerza en nombre de ese Estado. Además de estos supuestos, cada Estado dispondrá lo necesario para instituir su jurisdicción sobre esos delitos en el caso de que el presunto culpable se encuentre en su territorio y de que dicho Estado no conceda su extradición a ninguno de los Estados mencionados antes. No se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional.

El Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 16 de diciembre de 1970, publicado en el BOE de 15 de enero de 1973. En el artículo 4 dispone que cada Estado tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito y sobre cualquier acto de violencia cometido por el presunto delincuente contra los pasajeros o la tripulación, en relación directa con el delito, en los casos siguientes: 1, si el delito se comete a bordo de una aeronave matriculada en tal Estado; 2, si la aeronave a bordo de la cual se comete el delito aterriza en su territorio con el presunto delincuente todavía a bordo; 3, si el delito se comete a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o en otro caso su residencia permanente. Además, deberá instituir su jurisdicción sobre el delito en el caso en que el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición a ninguno de los Estados mencionados antes. No se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional.

Las mismas previsiones se contienen en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil internacional, de 23 de setiembre de 1971, publicado en el BOE de 10 de enero de 1974.

La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984, publicada en el BOE de 9 de noviembre de 1987. Dispone de modo similar a los anteriores

convenios que todo Estado parte dispondrá lo necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a los que la Convención se refiere en los siguientes casos: 1, cuando se cometan en territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; 2, cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; y 3, cuando la víctima sea nacional de ese Estado y este lo considere apropiado. Además, todo Estado tomará las medidas necesarias para instituir su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en los que el presunto delincuente se encuentre en cualquier territorio bajo su jurisdicción y no conceda la extradición a ninguno de los Estados antes mencionados. No se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional.

La Convención de 17 de diciembre de 1979, contra la toma de rehenes, que entró en vigor para España el 25 de abril de 1984, publicada en el BOE de 7 de julio de ese año, dispone en su artículo 5, que: 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos previstos en el artículo 1 que se cometan: a) En su territorio o a bordo de un barco o de una aeronave matriculados en ese Estado. b) Por sus nacionales, o por personas apátridas que residan habitualmente en su territorio, si en este último caso ese Estado lo considera apropiado. c) Con el fin de obligar a ese Estado a una acción u omisión; o d) Respecto de un rehén que sea nacional de ese Estado, si este último lo considera apropiado. Y, 2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos previstos en el artículo 1 en el caso de que el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicho Estado no acceda a conceder su extradición a ninguno de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente artículo. No excluye ninguna jurisdicción criminal ejercida de conformidad con el derecho interno.

En materia de terrorismo ya el Convenio Europeo para la represión del terrorismo de

21 de enero de 1977, publicado en el BOE de 28 de octubre de 1980, establecía en el artículo 6.1 que cada Estado contratante adoptará las medidas necesarias para establecer su competencia a fin de conocer de los delitos enunciados en su artículo 1 en el caso de que el presunto autor se encuentre en su territorio y que no lleve a cabo la extradición después de haber recibido una solicitud de extradición de un Estado contratante cuya jurisdicción esté fundada sobre una norma de competencia que exista igualmente en la legislación del Estado requerido.

El Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999, ratificado por Instrumento publicado en el BOE de 23 de mayo de 2002, dispone en el artículo 7, que cada Estado parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos a los que se refiere, (artículo 2) cuando sean cometidos: 1, en el territorio de ese Estado; 2, a bordo de un buque que enarbole el pabellón de ese Estado o de una aeronave matriculada de conformidad con la legislación de ese Estado en el momento de la comisión del delito; y 3, por un nacional de ese Estado. Se faculta a los Estados parte para instituir su jurisdicción cuando tales delitos sean cometidos con el propósito de perpetrar un delito de los contemplados en el artículo 2, apartados a) o b): 1, en el territorio de ese Estado o contra uno de sus nacionales o haya tenido ese resultado; 2, contra una instalación gubernamental o pública de ese Estado en el extranjero, incluso un local diplomático o consular o haya tenido ese resultado; 3, en un intento de obligar a ese Estado a realizar o abstenerse de realizar un determinado acto; 4, por un apátrida que tenga residencia habitual en el territorio de ese Estado; y 5, a bordo de una aeronave que sea explotada por el Gobierno de ese Estado. Además, establece que cada Estado parte tomará las medidas necesarias para instituir su jurisdicción respecto de los delitos del artículo 2 en los casos en que el presunto culpable se encuentre en su territo-

rio y no conceda su extradición a ninguno de los Estados parte que hayan establecido su jurisdicción conforme a las anteriores reglas. Sin perjuicio de las normas generales de Derecho Internacional, no se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional.

Disposiciones de contenido muy similar se contienen en el artículo 4 de la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, publicada en el BOE de 10 de noviembre de 1990.

Aunque los criterios de atribución utilizados presentan ciertas variaciones en función de las características y naturaleza del delito, en ninguno de estos Tratados se establece de forma expresa la jurisdicción universal.

Cuando se va más allá de los efectos de los principios de territorialidad, real o de defensa y de personalidad activa o pasiva, se establece como fórmula de colaboración de cada uno de los Estados en la persecución de los delitos objeto de cada Tratado, la obligación de juzgar a los presuntos culpables cuando se encuentren en su territorio y no se acceda a la extradición solicitada por alguno de los otros Estados a los que el respectivo Convenio haya obligado a instituir su jurisdicción. Ello responde, según entiende un sector importante de la doctrina, al llamado principio de justicia supletoria o de derecho penal de representación, al menos en un sentido amplio. Entendido de esta forma o bien, como sostiene otro sector doctrinal, como un elemento de conexión en el ámbito del principio de jurisdicción universal, el Estado donde se encuentre el presunto culpable está legitimado para actuar contra él, cuando se trate de alguno de estos delitos.

Por otro lado, una parte importante de la doctrina y algunos Tribunales nacionales se han inclinado por reconocer la relevancia que a estos efectos pudiera tener la existencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador, en el marco del principio de justicia universal, modulando su extensión con arreglo a criterios de racio-

nalidad y con respeto al principio de no intervención. En estos casos podría apreciarse una relevancia mínima del interés nacional cuando el hecho con el que se conecte alcance una significación equivalente a la reconocida a otros hechos que, según la ley interna y los tratados, dan lugar a la aplicación de los demás criterios de atribución extraterritorial de la jurisdicción penal. Se une así el interés común por evitar la impunidad de crímenes contra la Humanidad con un interés concreto del Estado en la protección de determinados bienes.

Esta conexión deberá apreciarse en relación directa con el delito que se utiliza como base para afirmar la atribución de jurisdicción y no de otros delitos, aunque aparezcan relacionados con él, pues sólo así se justifica dicha atribución jurisdiccional. En este sentido, la existencia de una conexión en relación con un delito o delitos determinados, no autoriza a extender la jurisdicción a otros diferentes, en los que tal conexión no se aprecie.

Undécimo.—En aplicación de lo expuesto, respecto al delito de genocidio, la jurisdicción de los Tribunales españoles, sobre la base del principio de justicia universal, no puede extraerse de las disposiciones del Convenio para la prevención y sanción del genocidio, ni de las de ningún otro convenio o tratado suscrito por España.

Por otra parte, no consta que ninguno de los presuntos culpables se encuentre en territorio español ni que España haya denegado su extradición. El ejercicio de la jurisdicción respecto de los hechos denunciados no podría basarse en estos datos.

No se aprecia la existencia de una conexión con un interés nacional español en relación directa con este delito, pues siendo posible concretar dicha conexión en la nacionalidad de las víctimas, no se denuncia, ni se aprecia, la comisión de un delito de genocidio sobre españoles. Tampoco se conecta directamente con otros intereses españoles relevantes. Aunque se hayan visto seriamente afectados por hechos susceptibles de

ser calificados como delitos distintos, cometidos en su mismo contexto histórico.

A similares conclusiones se llega respecto a la posible comisión de un delito de terrorismo. El Convenio europeo de 27 de enero de 1977 para la represión del terrorismo ya preveía la presencia del presunto culpable en el territorio nacional como elemento o criterio de atribución jurisdiccional para aquellos casos en que se denegare la extradición solicitada. Ello sin perjuicio de las cuestiones que pudiera suscitar la tipicidad de los hechos con arreglo a las leyes españolas vigentes en el momento de su comisión.

Duodécimo.—En cuanto a la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de torturas, puede constatarse la existencia de un consenso internacional muy amplio en orden a su prohibición y sanción como delito de derecho internacional, manifestado, entre otros, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 5; en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, artículo 3; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7; e incluso, para su ámbito, en los Convenios de Ginebra, en los cuales también se establece la obligación de cada Estado parte de buscar [en su territorio] a los culpables y someterlos a la jurisdicción de sus Tribunales. La prohibición aparece también en la Constitución Española, artículo 15. Este consenso internacional cristaliza en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984, de la que tanto España como Guatemala son parte, en la que, como más arriba hemos señalado, además de la obligación de enjuiciar al presunto autor cuando se encuentre en territorio del Estado y no se acceda a la extradición, se incorporan otros criterios de atribución jurisdiccional, entre ellos, el de personalidad pasiva, que permite perseguir los hechos cuando la víctima sea de

la nacionalidad de ese Estado y éste lo considere apropiado.

En las denuncias se contienen hechos que afectan a personas de nacionalidad española. Respecto de los hechos ocurridos en la Embajada de España el 31 de enero de 1980, entre ellos la muerte de varios ciudadanos españoles, el Gobierno español y el guatemalteco emitieron en el día 22 de setiembre de 1984, un comunicado conjunto en el que acordaron restablecer sus relaciones diplomáticas, reconociendo expresamente el Gobierno de Guatemala que lo sucedido constituyó una violación de los artículos 22 y 29 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y por tanto aceptando, en relación con España, los efectos y consecuencias jurídicas que de ello pudiera derivarse. También constan en las denuncias las muertes de los sacerdotes españoles Evaristo, Luis Alberto, Gabriel y Luis María. La comisión de estos hechos que afectan a ciudadanos españoles se atribuye por los denunciantes a funcionarios públicos o a otras personas en el ejercicio de funciones públicas, o instigados por ellas o con su consentimiento, lo que autoriza a mantener inicialmente la jurisdicción de los Tribunales españoles, con base en el artículo 23.4.g) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en las disposiciones de la Convención contra la Tortura, sin perjuicio de las cuestiones de tipicidad u otras que pudieran plantearse y que deberán ser resueltas en el momento procesal oportuno, tras oír debidamente al Ministerio Fiscal y a las partes.

La Sala estima, por tanto, que en los casos del asesinato de los sacerdotes españoles antes citados, así como en el caso del asalto a la Embajada Española en Guatemala, respecto de las víctimas de nacionalidad española, una vez comprobados debidamente los extremos que requiere el artículo 5 del Convenio contra la Tortura, los Tribunales españoles tienen jurisdicción para la investigación y enjuiciamiento de los presuntos culpables.

(...)

VOTO PARTICULAR

Formulan los Excmos. Sres Magistrados D. Joaquín Delgado García, D. José Antonio Martín Pallín, D Cándido Conde-Pumpido Tourón, D. José Antonio Marañón Chavarrí, D. Joaquín Giménez García, D. Andrés Martínez Arrieta y D. Perfecto Andrés Ibáñez en el Recurso de casación núm 803/2001 (Genocidio maya).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) Discrepamos, sin embargo, de la resolución dictada por estimar que mantiene una doctrina excesivamente restrictiva en la aplicación del relevante principio de Justicia Universal. Doctrina que no respeta lo establecido por el Legislador para la persecución penal extraterritorial del delito de Genocidio en el artículo 23.4.º a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El Genocidio constituye un crimen universalmente reconocido y unánimemente condenado por la Comunidad Internacional. Sus autores son enemigos comunes de toda la humanidad pues atentan contra nuestros valores más profundos y, al negar el derecho a la existencia de un grupo humano, cometen la más grave violación de los derechos fundamentales. Es por ello por lo que el ejercicio de la jurisdicción universal para evitar la impunidad en un caso de Genocidio étnico implica actuar en representación de la Comunidad Internacional. Los rigurosos límites establecidos por la resolución mayoritaria para la aplicación de la Jurisdicción universal en materia de Genocidio son, a nuestro entender, incompatibles con el tratamiento de este grave crimen contra la humanidad en nuestra legislación interna y en el derecho internacional.

Segundo.—Improcedente aplicación del principio de subsidiariedad en la resolución recurrida. De lo afirmado en los fundamentos jurídicos uno al sexto de la resolución mayoritaria debe deducirse que esta Sala, en

su conjunto, estima improcedente la aplicación del principio de subsidiariedad realizada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que constituye el único fundamento expuesto por la resolución impugnada para revocar el Auto dictado por el Instructor. En primer lugar este principio no aparece recogido en nuestro ordenamiento positivo interno como limitación a la competencia de la Jurisdicción española en materia de delitos de Genocidio, que se establece con carácter general en el art 23.4.º a) de la LOPJ. Este precepto se fundamenta en el principio de Justicia Universal, en sentido propio, y en consecuencia la única limitación que establece es la de “cosa juzgada”, acogida en la letra c) del apartado segundo del artículo (“que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero...”), pero no la subsidiariedad. En segundo lugar, el Convenio de Nueva York, de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y la sanción del delito de Genocidio, tampoco se refiere en absoluto al principio de subsidiariedad pues en el mismo únicamente se establece una jurisdicción obligatoria para el enjuiciamiento de estos delitos, que es la jurisdicción territorial (art. 6.º). Al no preverse expresamente otras jurisdicciones, salvo la Corte Penal Internacional, tampoco se establecen reglas de prioridad entre ellas.

Tercero.—El Convenio de 1948 impone la obligación de ejercicio de su propia competencia a la Jurisdicción de un determinado territorio sobre los actos de Genocidio ocurridos en el mismo, pero no excluye que otros Estados puedan establecer de modo concurrente su jurisdicción extraterritorial sobre este delito, como crimen de derecho internacional, a través de su legislación interna. En definitiva, el Convenio no impone la jurisdicción universal en materia de genocidio, pero tampoco la impide. En los supuestos en los que los actos de Genocidio se han realizado al amparo de las estructuras de poder del Estado en el que se cometen, la jurisdicción territorial se encuentra general-

mente imposibilitada para actuar, por lo que la jurisdicción extraterritorial constituye el único modo de evitar la impunidad. Es por ello por lo que buen número de países han asumido el compromiso pactado en el artículo primero del Convenio de 1948 de prevenir y sancionar el Genocidio, y han hecho uso de la facultad que se deriva del mismo, estableciendo para ello en su legislación interna el principio de jurisdicción universal por el que sus Tribunales pueden enjuiciar estos crímenes. Así se ha hecho en la legislación española (art. 23.4 Ley Orgánica del Poder Judicial), y también en Alemania (párrafo 6 del Código Penal y Ley especial que ha entrado en vigor el 1 de julio de 2002), Bélgica (art.7 de la Ley de 16 de julio de 1993, reformada por la Ley de 10 de febrero de 1999), Italia (art. 7.5 del Código Penal), Portugal (art.5 del Código Penal) o Francia (art. 689 del Código de Procedimiento Penal), entre los países más próximos. Esta jurisdicción universal sobre los delitos de genocidio como crímenes de derecho internacional no se rige por el principio de subsidiariedad, sino por el de concurrencia, pues precisamente su finalidad es evitar la impunidad, es decir garantizar que el Genocidio será en cualquier caso sancionado.

Cuarto.—Ha de admitirse que la necesidad de intervención jurisdiccional conforme al principio de Justicia Universal queda excluida cuando la jurisdicción territorial se encuentra persiguiendo de modo efectivo el delito de genocidio cometido en su propio país. En este sentido puede hablarse de un principio de necesidad de la intervención jurisdiccional, que se deriva de la propia naturaleza y finalidad de la jurisdicción universal. La aplicación de este principio determina la prioridad competencial de la jurisdicción territorial, cuando existe concurrencia entre ésta y la que se ejercita sobre la base del principio de Justicia Universal. Ahora bien, este criterio no faculta para excluir la aplicación de lo prevenido en el art 23.4.º a) de la LOPJ estableciendo como

exigencia para admitir una querrela por Genocidio extraterritorial la acreditación plena de la inactividad o ineffectividad de la persecución penal por parte de la jurisdicción territorial. Este requisito vaciaría de contenido efectivo el principio de persecución universal del Genocidio, pues se trata de una acreditación prácticamente imposible, y determinaría la exigencia de una valoración extremadamente delicada en este prematuro momento procesal. Para la admisión de la querrela resulta exigible, en esta materia, lo mismo que se exige en relación con los hechos supuestamente constitutivos del delito de Genocidio. La aportación de indicios serios y razonables de que los graves crímenes denunciados no han sido hasta la fecha perseguidos de modo efectivo por la jurisdicción territorial, por las razones que sean, sin que ello implique juicio peyorativo alguno sobre los condicionamientos políticos, sociales o materiales que han determinado dicha impunidad “de facto”. Pues bien, en el caso actual, la documentación aportada por la querrela y valorada por el Instructor es manifiestamente significativa en el sentido de que transcurridos largos años desde que ocurrieron los hechos, por unas u otras razones, la jurisdicción territorial de Guatemala no ha podido ejercerse de un modo efectivo en relación con el Genocidio sobre la población maya objeto de la querrela. En consecuencia el motivo de casación por infracción de ley que impugnaba el fundamento de la resolución impugnada, la aplicación del principio de subsidiariedad, debió ser estimado. Dada la naturaleza y efectos del recurso de casación esta estimación debió determinar, sin más trámites, la anulación del auto dictado en apelación por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, confirmando el auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 1, que admitió a trámite la querrela, en sus propios términos, sin perjuicio de lo que pudiese resultar de la instrucción de la causa. (...)

Sexto.—Interpretación “contra legem” del art. 23 4 de la LOPJ. El art. 23.4. de la

LOPJ, que expresa el criterio soberano del Legislador en esta materia, dispone: Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como algunos de los siguientes delitos: a) Genocidio. b) Terrorismo. c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves. d) Falsificación de moneda extranjera. e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces. f) Tráfico de ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes. g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España. La única limitación que la Ley establece para la actuación de dicha jurisdicción extraterritorial es que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. Existe consenso doctrinal en que esta norma acoge el principio de Justicia Universal, en el sentido de que la jurisdicción española viene atribuida exclusivamente en consideración a la naturaleza del delito, sin tener en cuenta donde fue cometido, ni la nacionalidad de la víctima o la del autor. La resolución mayoritaria considera que la generalidad de la norma suscita interrogantes, y sugiere la conveniencia de establecer criterios correctores a través de otros principios de derecho internacional, para evitar la apertura generalizada de procedimientos por estos delitos cualquiera que fuese el lugar de comisión. Entre estos criterios se encuentra la exigencia de algún nexo o vínculo de conexión con un interés nacional, criterio al que más adelante nos referiremos. Pero la argumentación posterior de la propuesta no se limita a establecer criterios correctores sino que sigue una posición doctrinal manifiestamente antagónica a la acogida por el Legislador en el art 23.4 de la LOPJ., con lo cual se llega a una conclusión que modifica drásticamente dicha norma legal. En efecto, en el fundamento jurídico undécimo, donde se concretan los criterios de atribución jurisdiccional sobre el delito de Genocidio, se prescinde de lo que esta-

blece el citado art 23.4, efectuando una interpretación, a nuestro entender, “contra legem”. El citado precepto dispone con claridad que será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como delito de genocidio, entre otros. En cambio en el fundamento undécimo de la resolución mayoritaria se descarta el ejercicio de la jurisdicción española en relación con el Genocidio denunciado porque ninguna de las víctimas es de nacionalidad española y ninguno de los culpables se encuentra en territorio español. Estima la sentencia mayoritaria que estos son los criterios de atribución de la jurisdicción española en estos casos. Pero lo cierto es que se trata de unos criterios que no aparecen en absoluto en el precepto legal.

Séptimo.—La necesidad de que las víctimas del Genocidio sean españolas como requisito para el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por delito de Genocidio resulta manifiestamente antagónica con lo dispuesto en el art 23.4, pues es unánimemente reconocido que este precepto no se funda en absoluto en el principio de personalidad pasiva. Lo relevante es la naturaleza del Genocidio, como delito contra la comunidad internacional (así lo califica el Código Penal de 1.995 en el título XXIV de la parte especial), y no la nacionalidad de las víctimas. Por otra parte se trata de una exigencia que deja prácticamente sin contenido la persecución del Genocidio como delito extraterritorial. El tipo penal del Genocidio, descrito en el art. 607 del Código Penal de 1995, sólo se perfecciona cuando cualquiera de las conductas tipificadas se realizan respecto de uno de los miembros del grupo étnico que se pretende destruir, total o parcialmente. No es posible calificar como delito de Genocidio conductas que afecten exclusivamente a víctimas de nacionalidad española, si son ajenas al grupo. La afectación de víctimas o intereses españoles, en el ámbito de un supuesto Genocidio, puede actuar sin embargo

como nexo de conexión con un interés nacional, que refuerce las razones que justifican que la Jurisdicción española acepte el conocimiento del asunto. Pero, en todo caso, la jurisdicción se ejerce, conforme al art 23.4.º a) de la LOPJ, en aplicación del principio de justicia universal, abarcando por tanto la actuación genocida en sentido propio. Por ello, cuando se afirma que la jurisdicción española únicamente sería competente para el conocimiento de un delito de Genocidio si el Genocidio se realizase contra españoles, se está aplicando un principio de interés nacional que no tiene nada que ver con la consideración de delito contra la comunidad internacional que nuestra propia legislación interna atribuye al Genocidio (Título XXIV del libro II del Código Penal de 1.995).

Octavo.—La necesaria presencia de los responsables del delito en el territorio español es el otro criterio de atribución de Jurisdicción a los Tribunales españoles que reconoce la resolución mayoritaria, para el supuesto de que las víctimas del Genocidio no sean ciudadanos españoles. Esta restricción la deduce la resolución mayoritaria del análisis de una serie de Convenios Internacionales, ajenos al supuesto del Genocidio, pero que considera que actúan como límite de lo prevenido en el art 23 4.º de la LOPJ, dada la referencia a los Convenios que se contiene en el último apartado de dicho precepto. Basta la lectura del art 23.4.º, para apreciar que distingue entre dos grupos de delitos a efectos de la aplicación del principio de jurisdicción universal que consagra. En primer lugar los que son de inmediata y directa competencia extraterritorial, por imperativo del propio precepto legal interno [apartados a) a f)] y, en segundo lugar, los que pueden llegar a serlo por aplicación de la firma de algún tratado (apartado g). Respecto de los primeros el Legislador español asume e incorpora a su ordenamiento interno el principio de jurisdicción universal, en función de la gravedad de estas infracciones contra bienes jurídicos esenciales de la Co-

munidad Internacional, acogiendo un principio de *ius cogens* que se considera fuera de discusión. Por el contrario el apartado g) abre la norma a lo que pudiese eventualmente resultar de nuevos instrumentos convencionales a los que España decidiese adherirse. Por ello este apartado g) no puede interpretarse en el sentido de establecer límites genéricos respecto de la jurisdicción reconocida con anterioridad. Por otra parte los Tratados establecen ordinariamente unas obligaciones internacionales de ejercicio de la propia jurisdicción en determinados supuestos, que constituyen un mínimo obligatorio y no un máximo. Por ello no puede deducirse de los mismos una prohibición genérica de ejercicio de la Jurisdicción Universal frente a responsables que no se encuentren en el territorio nacional. De otro modo en ningún caso podría recurrirse a la solicitud de extradición, que tan eficaces resultados ha proporcionado para limitar la impunidad, y que expresamente preveía para estos supuestos la propia Ley Orgánica de 1870. En consecuencia la apertura de un procedimiento para la persecución penal de un delito contra la comunidad internacional conforme a lo prevenido en el art 23.4.º de la LOPJ no exige necesariamente la presencia de los responsables del delito en España. Esta presencia solo es necesaria para su enjuiciamiento, al no ser conforme al ordenamiento español el enjuiciamiento en rebeldía de estos crímenes. En definitiva la presencia de los responsables en España no constituye una condición general para el ejercicio de la jurisdicción penal universal, sino un presupuesto de su practicabilidad, que puede alcanzarse mediante la extradición.

Noveno.—Las referencias a resoluciones internacionales utilizadas por la sentencia mayoritaria para fundamentar su criterio restrictivo no resultan convincentes. Las decisiones del Tribunal Supremo Federal alemán citadas, de 1.994, han sido superadas por las resoluciones posteriores del Tribunal Constitucional de la República Federal, que

por ejemplo en sentencia de 12 de diciembre de 2000 (BverfG, 2 BvR 1290/99) ha ratificado la constitucionalidad de las condenas por delito de Genocidio realizadas por los Tribunales alemanes a ciudadanos serbios respecto de crímenes cometidos en Bosnia-Herzegovina contra víctimas bosnias, es decir en supuestos en que no se afectan directamente intereses alemanes. La Ley especial alemana sobre esta materia, que ha entrado en vigor el 1 de julio de 2002, no establece limitaciones significativas para la persecución extraterritorial del delito de Genocidio. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, de 14 de febrero de 2002, que condenó a Bélgica por una orden de arresto internacional dictada contra el Ministro de Asuntos Exteriores en activo de la República Democrática del Congo, no puede constituir un precedente que limite el ejercicio de la jurisdicción universal en materia de Genocidio, pues la demanda formulada por el Congo interesó expresamente que la Corte Internacional no se pronunciase sobre la cuestión de determinar si el derecho internacional consuetudinario autoriza el ejercicio de la jurisdicción penal universal sobre los crímenes internacionales, limitándose a la cuestión de determinar la posible vulneración de las normas internacionales de inmunidad que amparan a los Ministros de Asuntos Exteriores en ejercicio. En consecuencia la sentencia no se pronuncia en contra del principio de jurisdicción universal acogido con gran amplitud en la Ley belga de 16 de julio de 1993, reformada por la Ley de 10 de febrero de 1999, limitándose a imponer el respeto a los principios internacionales de inmunidad diplomática, en los que se fundamenta la decisión de la Corte para anular la orden internacional de arresto. Es conveniente resaltar que en su voto particular conjunto, los Jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal llegan a declarar que en determinadas condiciones el derecho internacional consuetudinario autoriza el ejercicio de la competencia penal sobre los crímenes internacionales

conforme al principio de universalidad “absoluta”. (...)

Undécimo.—Derogación del principio de jurisdicción universal. La regulación del principio de jurisdicción universal establecida por el Legislador español en la LOPJ de 1.985, no limita la aplicación de esta jurisdicción mediante la exigencia adicional de algún punto de conexión con un interés nacional. La resolución mayoritaria parece estimar que este criterio del Legislador no es razonable, y acudiendo a argumentaciones fundamentalmente de “*lege ferenda*”, corrige lo establecido en el art 23.4.a) exigiendo la concurrencia de este requisito adicional. La exigencia de algún vínculo o nexo de conexión entre los hechos delictivos y algún interés o valor de los ciudadanos del Estado que ejerza la jurisdicción universal, puede constituir un criterio razonable de autorrestricción para evitar la proliferación de procedimientos relativos a delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados, así como un desgaste excesivo de los órganos jurisdiccionales nacionales cuya competencia se reclama. Pero únicamente será así si se aplica estrictamente como criterio de exclusión del exceso o abuso del derecho, no si se aplica como un modo de derogar en la práctica el principio de jurisdicción universal, convirtiendo la excepción en regla. Se trata de una restricción que no aparece expresamente establecida en la ley, pero que puede ser asumida como emanación de los principios del Derecho Penal Internacional, y aplicada como criterio de razonabilidad en la interpretación de la normativa competencial. Ahora bien, este criterio no puede ser aplicado de tal modo que deje sin contenido con carácter general lo dispuesto en el art 23.4 de la LOPJ, es decir que sustituya la norma legal de atribución de la Jurisdicción exclusivamente en consideración a la naturaleza de determinados delitos, por el principio de personalidad pasiva, que no está recogido en nuestro ordenamiento, o por el principio de defensa, que ya se recoge separadamente

en el apartado tercero del citado art 23 de la LOPJ. En particular en lo que se refiere al denominado núcleo fundamental de los delitos internacionales, como son el genocidio o los crímenes contra la humanidad, la suplantación del principio de jurisdicción universal por el de personalidad pasiva constituye un error manifiesto, pues se trata precisamente de delitos cuya sanción internacional se fundamenta en que constituyen una agresión contra valores comunes reconocidos como fundamentales para el conjunto de la Comunidad Internacional. La aplicación del criterio de razonabilidad anteriormente enunciado puede permitir a un Tribunal nacional que tenga atribuida con carácter general competencia extraterritorial en estos supuestos, como sucede en nuestro país con la Audiencia Nacional, denegar el ejercicio abusivo de la jurisdicción en relación con supuestos hechos delictivos sucedidos en países que no tengan vínculo alguno de conexión, en sentido amplio, con España, con los ciudadanos españoles, con sus intereses y sus relaciones. Esta restricción puede ser asumible en cuanto se orienta a una finalidad razonable, como es la de evitar un efecto excesivamente expansivo de este tipo de procedimientos, y garantizar la efectividad de la intervención jurisdiccional, pues en los supuestos de ausencia abso-

luta de vínculos de conexión con el país y con los hechos denunciados, en el sentido amplio anteriormente expresado, la efectividad práctica del procedimiento puede ser nula. Pero si interpretamos el nexo de conexión, como se hace en la sentencia mayoritaria, en sentido tan restringido que únicamente alcanza a los casos de víctimas de nacionalidad española, que, para acoger la competencia por genocidio, deben además formar parte de la etnia que es víctima de dicho delito, suprimimos en la práctica el principio de jurisdicción universal, derogando lo dispuesto en el art 23.4 de la LOPJ. En efecto el criterio de atribución de la jurisdicción en estos casos ya no sería la naturaleza del delito, como previene expresamente el precepto, sino la nacionalidad de la víctima. Como hemos señalado la afectación de víctimas o intereses españoles, en el ámbito de un supuesto genocidio, puede reforzar, como nexo de conexión, las razones para que la Jurisdicción española acepte el conocimiento del asunto, pero en todo caso debe hacerlo en aplicación del principio de justicia universal, abarcando el comportamiento genocida en sentido propio. En consecuencia, no puede utilizarse la exigencia de vínculos de conexión como fórmula de excluir con carácter general la aplicación del art 23.4.a) de la LOPJ.

Sentencia 311/2003, Sala de lo Penal del TS, de 5 de marzo de 2003

INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS.

Art. 413 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín**

SÍNTESIS

Aunque no sucede así en el caso enjuiciado, entiende la sentencia que la naturaleza del delito de infidelidad en la custodia de documentos, no impide la apreciación de formas imperfectas de ejecución. Analiza además

la sentencia el sentido que cobra, en la formulación típica de este delito, el término “ocultar”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

El análisis de la cuestión que se nos plantea en este momento requiere el estudio de dos diferentes aspectos. De una parte, la naturaleza del delito previsto en el artículo 413 del vigente Código Penal y la posibilidad de formas imperfectas de ejecución respecto del mismo. Y, de otra, el alcance que ha de darse al término “ocultar”, como expresión descriptiva de la conducta ilícita, en este caso concretamente atribuida al recurrente.

En cuanto al primero de tales extremos, la Sentencia recurrida recuerda, con cita de la STS de 18 de enero de 2001, que la infidelidad en la custodia de documentos “ni ha sido ni es un delito de resultado”, por lo que la consumación se produciría, tan sólo, por la realización de alguna de las acciones que contempla el tipo legal, en este caso la de “ocultar” el documento, sin necesidad de ninguna consecuencia ulterior, lucrativa, perjudicial, etc., de esa conducta.

Tal afirmación, mencionada en la Sentencia recurrida, así como la de que el legislador de 1995 haya querido “intensificar la naturaleza del delito como delito de riesgo”, que también se contiene en la mencionada Sentencia de esta Sala de 18 de enero de 2001, se producen a la vista de la supresión, en el nuevo tipo y respecto del anterior, contenido en el artículo 364 del CP de 1973, de la necesidad de causación de daño, grave o no, de tercero o de la causa pública.

Pero, a nuestro juicio, semejantes argumentos no pueden justificar, por sí solos, la exclusión de las formas imperfectas de ejecución en esta figura delictiva, pues: a) en primer lugar, lo que con el cambio legislativo se ha buscado no es tanto el castigo de cualquiera conducta, aún cuando no supon-

ga verdadera lesión del bien jurídico protegido por el precepto, sino, tan sólo, incorporar la evidencia, sin alteración de la previa naturaleza de la infracción, de que con cualquiera de las actividades descritas, llevadas a cabo por el funcionario en relación con efectos sometidos a su custodia, el perjuicio de la causa pública ha de considerarse implícito y relevado de prueba expresa; b) siendo ésto así, tampoco debe confundirse la categoría del denominado “delito de riesgo”, que ontológicamente opuesta a la del “delito de lesión”, alude al adelanto de la barrera de protección del bien jurídico protegido a una fase previa a la propia y efectiva lesión de éste, sancionando su mera puesta en peligro, con el binomio “delito de resultado”—“delito de mera actividad”, relativo a la forma de consumación de la figura delictiva y que puede llevar a la exclusión de las hipótesis de formas imperfectas de ejecución; c) por otro lado, examinando el tipo invocado, no podemos afirmar que nos hallemos ni ante un “delito de riesgo” ni de “mera actividad”, pues la descripción legal del artículo 413 requiere la ejecución de una conducta que no supone mera generación de un peligro para el bien jurídico protegido sino efectiva lesión de éste, que integra, a su vez, el concreto resultado de la acción; d) otra cosa será, ajena ya al presente tipo penal y no requerida por éste, la obtención por el autor de algún lucro o beneficio, para él o para un tercero, ya que el mero perjuicio para la causa pública implícito en la sustracción, destrucción, inutilización u ocultación de los documentos, constituye la verdadera lesión del bien objeto de protección; e) por tanto, no puede excluirse apriorística y generalizadamente, por la propia naturaleza de la figura, la posibilidad de formas imperfectas en su ejecu-

ción, ya que los resultados en ella previstos y, en este concreto caso, la “ocultación” del documento, son susceptibles de ser intentados sin éxito; y f) lo trascendente a estos efectos será, en consecuencia, determinar el verdadero alcance de tales términos, descriptivos de las distintas conductas constitutivas del ilícito, y, esencialmente, establecer cuándo éstas llegan a suponer verdadero quebranto para el bien protegido por la norma, de modo que, propiamente, pueda hablarse de consumación.

Sentado lo anterior, diversas Resoluciones de esta Sala se han referido ya al significado del término “ocultar”, contenido para este delito en los preceptos del Código hoy vigente (art. 413) y los del que le precedió (art. 364).

En este sentido, decía ya la STS de 9 de Octubre de 1991, que: “Tiene reiteradamente declarado esta Sala —cfr. sentencia de 29 de junio de 1990— a efectos de tipificación del delito de infidelidad en la custodia de documentos, que existe ocultación de documentos por funcionario público cuando con daño para la Administración pública o para tercero, se produce la paralización del trámite obligado a que responda un documento, y que ocultar, a efectos de este delito, es equivalente a guardar, no entregar, o, incluso, dilatar indefinida y sensiblemente la presencia del documento, impidiendo que surta los fines a que corresponda su contenido y destino. Las sentencias de 10 de junio de 1987 y 24 de octubre de 1990 han definido lo que debe entenderse por ocultación, afirmando que ésta será de apreciar cuando desaparecen los documentos, y la situación de los mismos sea desconocida por quienes tengan legítimo acceso a los mismos y su descubrimiento requiere operaciones de búsqueda que por el tiempo y despliegue de esfuerzos que conllevan implicaren, por sí mismo, una perturbación del servicio público.” (En sentido semejante la de 28 de enero de 1997).

En tanto que la de 12 de junio de 1995, relativa también a ciertas ocultaciones de

envíos de carácter postal, como la que aquí nos ocupa, a su vez, proclamaba:

“Por último, los elementos objetivos del tipo se cierran con la realización de alguno de los verbos incluidos por el legislador en la descripción del precepto. Para la integración del tipo basta con la realización de alguna de las conductas previstas que no son otras que las de sustraer, destruir u ocultar. La Sala sentenciadora estima, con acierto, que la conducta desarrollada por el agente fue la de ocultar los papeles o documentos escondiéndolos en un lugar en donde difícilmente podían ser hallados. En algunos casos la ocultación puede ser el paso previo para consumir después el apoderamiento o para llevar a cabo la destrucción de los documentos, pero resulta indiferente cual fuera el propósito último y definitivo del autor ya que, como hemos dicho, basta con tomar los papeles y documentos para realizar y consumir las previsiones del tipo. En definitiva con cualquiera de las actuaciones típicas se consigue apartar los papeles y documentos de los canales normales de circulación impidiendo que lleguen a su destino.

Es evidente que el recurrente actuó con plena consciencia y voluntad en la realización de los hechos y que su fin último era el de evitar que los documentos cumplieren los fines para los que estaban previstos impidiendo que llegasen a sus destinatarios.

Por último la conducta del acusado produjo un daño a terceros y al buen régimen y funcionamiento de un servicio público como el de Correos que se basa en la confianza de los usuarios en el cuidado y fidelidad en la custodia de los papeles y documentos que le entregan para hacerlos llegar a su destino.”

De este modo comprobamos que el bien jurídico protegido, que no es otro que el genérico de la “causa pública”, y que en el caso del Servicio de Correos se concreta en ese respeto para “...la confianza de los usuarios en el cuidado y fidelidad en la custodia de los papeles y documentos que le entregan para hacerlos llegar a su destino”, se vé le-

sionado con la conducta de ocultación cuando ésta llega a “...apartar los papeles y documentos de los canales normales de circulación impidiendo que lleguen a su destino”.

Y ello, sin perjuicio de la finalidad ulterior buscada por el autor de la ocultación, ni de que ese impedimento para alcanzar su destino tuviere un carácter definitivo o, tan sólo, temporal, siempre que haya requerido operaciones de búsqueda y localización para dar el debido cumplimiento a los fines que el Servicio tiene encomendados.

A la vista de lo anterior, observamos que, en el caso que nos ocupa, no nos hallamos ante una mera actividad u operaciones tendentes a la ocultación del paquete postal, que justificarían la aplicación de la tentativa, sino frente a un verdadero acto de ocultación, cual fue el hecho de introducir la saca, con el paquete dentro, en un contenedor de basura en el que se hallaban otras sacas vacías, motivando, con ello, la necesidad de

actuaciones tendentes a la búsqueda del paquete, con quebranto para el Servicio.

Por lo que hay que afirmar que el delito ha alcanzado su consumación, aún cuando la existencia de cámaras de seguridad instaladas en el lugar, sin llegar a impedir su consumación sí que favorecieron el descubrimiento del hecho y la pronta localización del paquete, como habría acontecido si, por ejemplo, la conducta del recurrente hubiere sido observada por un testigo presencial, lo que sólo significaría, en los términos en que este delito venía previsto en el Código Penal anterior, la causación de un daño “no grave” de terceros o de la causa pública, con la consiguiente repercusión penológica, que, en este caso y en atención al principio de proporcionalidad de la sanción, ha sido escrupulosamente respetado por la Ilma. Sra. Magistrada-Presidenta del Tribunal del Jurado, al haber impuesto al recurrente el mínimo de las penas mínimas previstas legalmente para esta clase de infracciones.

Sentencia 312/2003, Sala de lo Penal del TS, de 5 de marzo de 2003

TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS.

Art. 563 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín**

SÍNTESIS

Pese a que el art. 563 del CP contiene una “norma penal en blanco”, no conculca el principio de legalidad en tanto sea posible colmarla, como sucede en este caso, de acuerdo con las exigencias constitucionales.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

3.^a) La indebida aplicación del artículo 563 del Código Penal, toda vez que, dicho

precepto, se trata de una norma penal en blanco, que no cumple los requisitos exigidos por la Jurisprudencia Constitucional, al remitir a una norma de rango reglamentario la identificación de elementos esenciales del

tipo, tales como el hecho de qué ha de considerarse como arma prohibida.

En este sentido, aún cuando conocemos la pendencia de cuestión de constitucionalidad, al respecto, ante el Tribunal Constitucional, no hemos de olvidar que esta misma Sala se ha pronunciado ya, en reiteradas ocasiones, sobre la materia, afirmando la correcta aplicación del complemento que supone, para el tipo penal descrito en el artículo 563 del Código Penal, de la Sección Cuarta del Capítulo Preliminar del Reglamento de armas de 29 de enero de 1993 (SSTS de 1 de junio de 1999, 20 de diciembre de 2000 o 23 de julio de 2001, entre otras).

Si bien se vienen estableciendo tres requisitos para esa aplicación: a) en primer lugar, el que tiene que darse una situación objetiva de riesgo, en la posesión del arma blanca, para distinguirla de su sola tenencia a meros efectos de uso doméstico (SSTS de 6 de noviembre de 1998 y 20 de diciembre de 2001, por ejemplo); b) además, la imposibilidad de aplicación, a efectos penales, de la interpretación analógica y extensiva, acerca de lo que ha de entenderse como “arma prohibida”, prevista en el apartado h), in fine, del artículo 4 del referido Reglamento SSTS de 24 de diciembre de 1998 y 28 de octubre de 1999); y c), de otra parte, el cumplimiento de las exigencias propias de toda norma penal en blanco.

Y así, respecto de esta tercera cuestión, dice la STS de 21 de diciembre de 1998, que:

“El art. 563 del CP contiene elementos normativos que, como todos los tipificados parcialmente en blanco, han de integrarse necesariamente por remisión a otras normas, incluidas las de rango reglamentario siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

1.º) Que el reenvío sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal.

2.º) Que la Ley penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición.

3.º) Que sea satisfecha la exigencia de certeza, es decir, “que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”. (Sentencia de esta Sala de 8-2-2000 que resume la doctrina al respecto de las SSTC 122/87, 127/90, 118/92, 111/93, 62/94, 24/96 y 120/98. Reitera STS 1995/2000, de 20 de diciembre).

La reserva de ley que se exige para las disposiciones penales no excluye la posibilidad de que éstas contengan remisiones a los Reglamentos (SSTC 102/1994 y 24/1996), pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, pues sería degradar la garantía esencial que el principio de reserva de ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes (SSTC 42/1987 y 219/1991). Tanto el art. 563 como el 564 cumplen estas exigencias.”

En definitiva, la STS de 22 de Enero de 2001, proclama que:

«...el Código Penal vigente, en su artículo 563, da una nueva configuración al delito de tenencia ilícita de armas, incluyendo un nuevo tipo penal referente a la tenencia de “armas prohibidas”».

Sin perjuicio de momento, de cual sea el bien jurídico protegido, lo cierto es que se construye una norma penal en blanco que es necesario llenar, acudiendo al Reglamento de Armas de 29 de enero de 1993 que, en su artículo 4, contiene un amplio catálogo de armas que considera prohibidas. En sus letras de la a) a la h) se hace una larga referencia a diversas armas de fuego que por sus especiales características y morfología se deben considerar prohibidas, y añade entre

otras, los bastones estoques, los puñales de cualquier clase y las navajas llamadas automáticas. Asimismo se considerarán puñales las armas blancas de hoja menor de 11 centímetros, de dos filos y puntiagudas. Dentro de la abundante lista de armas prohibidas, se incluyen alguna, como las escopetas y pistolas de aire comprimido y los tiragomas y cerbatanas perfeccionados, terminando con una cláusula general que integra a cualesquiera otros instrumentos, especialmente peligrosos para la integridad física de las personas. La inclusión de una tan amplia variedad de armas denominadas blancas, exige una necesaria cautela a la hora de integrar el tipo penal, para no desbordar las previsiones del legislador y extender, de una manera automática, el tipo penal a conductas que son usuales socialmente y que es dudoso que merezcan, sin más, un reproche penal, superior incluso a la tenencia ilícita de armas de fuego reglamentadas, lo cual nos situaría directamente ante una vulneración del principio de proporcionalidad.

Ante la constatación de la infracción de esta exigencia constitucional, no es obligado acudir al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, si puede ser convenientemente suplida por una lectura e interpretación constitucional del tipo penal que estamos examinando.

4. La propia norma de referencia, es decir, el Reglamento de Armas citado, nos da pie para llegar a una conclusión, que elimine cualquier vestigio de inconstitucionalidad, a través de la infracción del principio de proporcionalidad.

El Reglamento, al graduar la respuesta sancionadora a las conductas que incluye en su texto, nos dice en el artículo 155 que se considera, como infracción muy grave, el “uso de armas de fuego prohibidas” con lo que, de una manera expresa y taxativa, excluye de la sanción administrativa y de la consideración de infracción muy grave el uso de otras armas prohibidas que no sean de fuego, entre las que se encuentran, como es lógico, las armas blancas de las caracte-

rísticas de la que es objeto de este recurso (machete de 23 centímetros de hoja).

La conclusión más lógica y adecuada a los principios informadores del derecho penal, nos lleva a la conclusión de que, por un lado no se puede establecer una desproporción tan acentuada, como la que se desprendería de una lectura literal y rígida del precepto del artículo 563 comparado con el artículo 564, y, por otro, que la mera tenencia, sin otras connotaciones, de armas blancas de uso común en los hábitos sociales y en determinadas actividades lícitas, no puede ser considerado, sin más, como constitutivo de un tipo delictivo. Creemos que es necesario un plus de peligrosidad, como el que se derivaría de su uso en circunstancias tales que pusieran en concreto peligro, no sólo la seguridad pública sino también la individual de la persona agredida.

5. En esta misma línea jurisprudencial una sentencia de esta Sala de 28 de octubre de 1999 ha estimado que el Reglamento de Armas y más concretamente el artículo 4.1, presenta ribetes de excesiva ambigüedad, que choca con uno de los principios básicos del derecho penal como es el de certeza, que a su vez es una condición indispensable para mantener el principio de seguridad jurídica.

De igual manera la sentencia de 6 de noviembre de 1998 sostiene con claridad de criterios, que el catálogo de armas prohibidas al que hace referencia extensiva el artículo 4 del Reglamento de Armas, debe ser restringido excluyendo del carácter delictivo, las armas que no constituyen peligro para ningún bien jurídico protegido, al no concurrir una situación objetiva de riesgo.

De esta misma tendencia es la Consulta 14/97 de la Fiscalía General del Estado, en la que se dice que la tenencia de armas prohibidas a que se refiere el artículo 563 del Código Penal, sólo es integrable, tratándose de armas que no son de fuego, por aquellas conductas en que la tenencia tiene una traducción dinámica consistente en comerciar, portarlas en establecimientos públicos y lugares de reunión, concentración, recreo o

esparcimiento o, utilizarlas sin adoptar las medidas necesarias para no causar peligro o daños a personas o cosas. De manera rotunda se dice en la Consulta, que nunca la simple y nuda posesión de los objetos descritos en el artículo 4.1 f y h, podrán colmar las exigencias del tipo del injusto que acoge el artículo 563 del Código Penal.”

A la vista de la anterior doctrina, ha de afirmarse que la posesión, como en el caso presente, de una “navaja automática”, ex-

presamente contemplada en el meritado artículo 4 del Reglamento de armas y la evidencia de la situación de riesgo que la misma supone, en tanto que llegó a ser exhibida en el enfrentamiento habido entre el recurrente y los agentes de la autoridad, hace que pueda afirmarse, sin lugar a la duda, que nos hallamos ante la comisión del delito de Tenencia ilícita de armas, previsto y penado en el artículo 563 del vigente Código Penal.

Sentencia 331/2003, Sala de lo Penal del TS, de 5 de marzo de 2003

IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR. RECUSACIÓN.

Arts. 56 y 851.6.º LECrim.; 219. 10.ª y 223 LOPJ; 24 CE

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

Se abordan, en la sentencia, diversas cuestiones relativas a la recusación: momento para proponerla, legitimación del Ministerio Fiscal y motivo relativo al desempeño de funciones instructoras en la causa, que en el caso de autos viene condicionado por la peculiaridad de que la sentencia es absoluta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

El derecho a la imparcialidad del juzgador se integra dentro del derecho constitucional a un proceso con todas las garantías. El artículo 24.2 de la Constitución, en el mismo sentido que el artículo 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, reconoce el derecho a ser juzgado por un

Tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley.

(...)

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha diferenciado entre la imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes y la imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez o Tribunal no ha tenido un contacto previo con el *thema decidendi* y, por tanto, que se acerca al objeto del mismo

sin prevenciones en su ánimo (por todas, SSTC 47/1982, de 12 de julio, F. 3; 157/1993, de 6 de mayo, F. 2; 47/1998, de 2 de marzo, F. 4; 11/2000, de 17 de enero, F. 4; y 52/2001, de 26 de febrero, F. 3; 154/2001, de 2 de julio, F. 3, y 155/2002, de 22 de julio, F. 2).

Para garantizar las apariencias de imparcialidad y para evitar que la causa sea juzgada por un Juez cuya parcialidad pueda dar lugar a fundadas sospechas, las partes disponen de la posibilidad de recusar a aquellos jueces en quienes estimen que concurre alguna de las causas legalmente establecidas como supuestos de pérdida de la idoneidad subjetiva o de las condiciones exigibles de imparcialidad. La regla general es que la recusación sea examinada por un órgano distinto del recusado (artículos 60 y siguientes de la LECrim), regulación que es congruente con las exigencias mínimas de imparcialidad, que también son aplicables en la resolución del incidente planteado.

Es en este punto donde el Ministerio Fiscal centra su censura, al entender que el Tribunal impidió, indebidamente, que la recusación fuera resuelta por el órgano al que legalmente correspondía hacerlo, al resolver rechazarla de plano sin dar traslado al órgano competente.

La previsión general antes mencionada, no quiere decir que no sea posible un rechazo de la recusación planteada de modo preliminar o de plano, incluso por el mismo órgano cuya recusación se pretende. Esta posibilidad, relacionada con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, ha de entenderse excepcional. Así, será posible acordarla, continuando con la tramitación del proceso, cuando sea propuesta por quien no es parte, y cuando no se exprese la causa legal en que se funde, con relación de los hechos que le sirven de soporte (STC 47/1982, de 12 de julio). También, cuando falte alguno de los presupuestos de admisibilidad, tales como que se incumplan los requisitos formales que afectan a la esencia del procedimiento, (entre ellos, la extemporaneidad), y cuando se aduce una causa de

recusación notoriamente ilusoria, que en modo alguno se desprende de los hechos alegados como fundamentación (STC 155/2002, de 22 de julio). En este sentido, entendió el Tribunal Constitucional en la STC 136/1999, de 20 de julio, que “la inadmisión liminar de la recusación puede sustentarse tanto en la falta de designación de una causa legal de abstención como en su invocación arbitraria”.

El artículo 223 de la LOPJ y el artículo 56 de la LECrim, en la redacción dada por el número 2 de la Disposición Final 12ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, disponen que la recusación deberá proponerse tan luego como se tenga conocimiento de la causa en que se funde. El segundo precepto citado dispone expresamente que, en otro caso, no se admitirá a trámite, y precisa que se inadmitirán las recusaciones cuando se propusieren iniciado ya el proceso, si la causa de recusación se conociese con anterioridad al momento procesal en que la recusación se proponga.

Así pues, cuando se dan los supuestos citados, la decisión del recusado inadmitiendo de plano la recusación no infringe el derecho al Juez ordinario.

Reconocida la posibilidad, siquiera sea excepcional, de rechazar de plano la recusación planteada, incluso por el mismo órgano al que pertenecen los Magistrados cuya recusación se pretende, debemos examinar si en el caso actual el órgano jurisdiccional responsable del enjuiciamiento actuó correctamente al rechazar liminarmente el incidente planteado, sin trasladarlo a otro órgano para su resolución.

(...)

Es evidente que las partes, y entre ellas, a estos efectos, el Ministerio Fiscal, tienen derecho a conocer la composición del Tribunal como única vía para poder ejercer su derecho a recusar. Y que el ejercicio de este derecho no puede hacerse efectivo si no es desde que se conoce la identidad de los Magistrados. Pero los Tribunales tienen una composición previamente establecida, no sólo en el número de sus integrantes sino

también en la identidad de éstos, de manera que, salvo que se produzcan sustituciones, es posible saber de antemano quienes son los integrantes de la Sala. Establecida la composición de ésta, son precisamente los cambios los que han de notificarse oportunamente.

El Ministerio Fiscal debía conocer de antemano la identidad del Presidente del Tribunal y del Magistrado Ponente, ambos destinados a dicha Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia con anterioridad a la tramitación de esta causa, y el segundo de ellos designado como Ponente, y actuando como tal, (artículos 203 y 205 de la LOPJ), desde el inicio del procedimiento. Ambos deberían formar parte del Tribunal por imperativo legal salvo que por alguna razón legítima fueran sustituidos por otros. El acuerdo de la Presidencia de 4 de mayo de 2001 al que se hace referencia en el motivo se limita a designar al tercer Magistrado del Tribunal que ha de conocer del juicio oral, por las mismas razones antes aducidas por el Ministerio Fiscal, es decir, por la necesidad de completar la Sala con un tercer Magistrado al ser designado instructor uno de los que, desde un principio, debería formar parte de la misma. Y este tercer Magistrado no es recusado.

No es preciso, sin duda, que la recusación se plantee desde el mismo momento en que se dicta cualquier resolución, sobre la que la parte pueda basar la sospecha de la existencia de un posible prejuicio, sin conocer si efectivamente se celebrará el juicio oral, pero desde el momento en que se acuerda su apertura y, es conocida de antemano la identidad de los integrantes del Tribunal, debe procederse a su planteamiento, pues ya se dispone de los datos necesarios sobre la composición del Tribunal y sobre la causa de recusación.

El Auto acordando la apertura del juicio oral se dictó el 15 de noviembre de 2000 y las resoluciones sobre las que el Ministerio Fiscal basa su recusación son un Auto de 21 de enero de 2000 y una Providencia de 26 de junio de 1997, resoluciones todas ellas co-

nocidas del Ministerio Fiscal. Habida cuenta que la recusación se planteó el 19 de mayo de 2001, debe considerarse extemporánea, de forma que el Tribunal encargado del enjuiciamiento no sobrepasó los límites que le imponen la Constitución y la Ley al acordar el rechazo liminar de la recusación.

(...)

Segundo.—El segundo motivo del recurso se formaliza al amparo del artículo 851.6º de la LECrim, por haber concurrido a dictar sentencia dos Magistrados cuya recusación, intentada en tiempo y forma, y fundada en causa legal, se hubiese rechazado.

Se refiere el recurrente a una posible quiebra de la imparcialidad objetiva, producida como consecuencia de un contacto masivo con el material instructorio y por la emisión de una serie de afirmaciones que evidencian la posible existencia de un prejuicio.

(...)

El desarrollo de las obligaciones propias del Juez instructor en un proceso penal, consideradas en su significado total, implica la posibilidad objetivamente valorable de que el contacto con el material instructorio, muy especialmente en relación con alguna clase de diligencias, así como la adopción de las decisiones propias de esa fase procesal, pudieran haber dado lugar a la formación de algún prejuicio en el ánimo del Juez que lo imposibilite para desempeñar posteriormente de un modo imparcial la función de Juez o Magistrado del Tribunal responsable del enjuiciamiento. En este sentido, el punto de vista del acusado no es decisivo, aunque no carezca de importancia. El TEDH ha reconocido (Asuntos Hauschildt contra Dinamarca de 24 de mayo de 1989, Sainte-Marie contra Francia de 16 de diciembre de 1992 y Fey contra Austria de 14 de febrero de 1993), que para pronunciarse sobre la existencia, en un asunto concreto, de una razón legítima para imputar a un Juez una falta de imparcialidad, la óptica del acusado ha de ser tenida en cuenta, pero no juega un papel decisivo, pues el elemento determinante

consiste en saber si los recelos del interesado se encuentran objetivamente justificados.

No es la misma la posición de la acusación. El Tribunal Constitucional ha afirmado en la STC 60/1995, de 17 de marzo, que en relación con este derecho fundamental a no ser juzgado por quien ha sido previamente instructor de la causa, debido a que su finalidad consiste exclusivamente en evitar, por parte del órgano jurisdiccional encargado de conocer del juicio oral y de dictar Sentencia, determinados prejuicios acerca de la culpabilidad del acusado (SSTC 145/1988, 164/1988, 11/1989, 106/1989, 55/1990 y 113/1992), bien sea en la primera o en la segunda instancia (STC 320/1993), dicho derecho lo es de la exclusiva titularidad de la defensa, por lo que carece de legitimación activa la acusación particular para pedir su eventual restablecimiento (STC 136/1992).

En definitiva, se entiende que el desarrollo de funciones instructoras, por su propia naturaleza, no puede generar perjuicio alguno en contra de la acusación. Los que puedan existir a favor de la inocencia de los acusados, basados en un contacto parcial con el material de la instrucción, son asumibles en tanto se mantengan dentro del ámbito de las obligaciones impuestas por el respeto a la presunción de inocencia. En consecuencia, pues, la denominada imparcialidad “objetiva” sólo puede hacerse valer por el acusado, al contrario de lo que ocurre con la imparcialidad “subjetiva”, predicable tanto para el acusado como para las partes acusadoras (STC 136/1992, de 13 de octubre).

Estas afirmaciones no niegan las diferencias evidentes que existen entre las acusaciones particulares o populares y el Ministerio Fiscal. Sin duda, a éste, como Institución del Estado, le corresponden unas funciones en el proceso, alejadas de los intereses particulares, que pueden justificar que en determinadas circunstancias pueda plantear una recusación basada en la pérdida de la imparcialidad objetiva, a pesar de la pasividad del acusado, si entiende que objetivamente con-

curren razones para ello. Al Ministerio Fiscal le asigna la Constitución, artículo 124, la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, lo cual se desarrolla en distintos preceptos de su Estatuto Orgánico, entre ellos el artículo 3.3, en el que se le encomienda velar por el respeto de los derechos fundamentales con cuantas actuaciones exija su defensa. Por su configuración constitucional y legal, no es ni puede considerarse indiferente a las exigencias derivadas del derecho a un proceso justo. Por otro lado, el artículo 53 de la LECrim; el artículo 218 de la LOPJ y el artículo 101 de la LEC, prevén que el Ministerio Fiscal pueda recusar. Por lo tanto, no se puede negar de modo absoluto esta posibilidad.

Tercero.— Cuando la falta de imparcialidad se achaca al hecho de haber desempeñado funciones instructoras, la doctrina inicial del Tribunal Europeo, según la cual prácticamente en todo caso habría que estimar una infracción del artículo 6.1 del Convenio (Asuntos Piersack y De Cuber), ha sido sustituida por otra (caso Hauschildt y sentencias posteriores), que remite a consideraciones relativas al caso concreto, lo cual resulta razonable si se tienen en cuenta las diferentes regulaciones legales existentes en el marco europeo al que se ha de referir al Tribunal, y además las evidentes dificultades de reducir la materia a una norma general no casuística, (STS nº 1085/2000, de 21 de julio).

Desde esta perspectiva, el desarrollo de funciones instructoras puramente formales no supone necesariamente la pérdida de imparcialidad. Es necesario atender a su contenido material en el caso concreto para valorar si la actuación instructora tiene relevancia suficiente para poder generar en el ánimo del Juez determinados prejuicios sobre la culpabilidad del acusado que puedan influir a la hora de sentenciar, (Cfr. STC 98/1997, de 20 de mayo), de tal forma que lo inhabiliten para formar parte del órgano

que ha de conocer de la fase de enjuiciamiento.

La cuestión se viene planteando de forma reiterada, y así se hace en el caso actual, como consecuencia de la resolución de recursos contra decisiones del Juez de instrucción, pretendiendo una extensión de las previsiones del artículo 219.10 de la LOPJ, referida en su literalidad a haber sido instructor de la causa, a los Magistrados integrantes del Tribunal al que corresponde resolver la apelación o la queja. Esta aplicación extensiva no puede hacerse de modo automático, pues la simple resolución de recursos devolutivos no implica una actuación equivalente a la auténtica función de instrucción que suponga un riesgo cierto de pérdida de imparcialidad. No debe olvidarse que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé en el artículo 220, que es Tribunal competente para conocer del recurso de apelación aquel a quien correspondiese el conocimiento de la causa en juicio oral. Estas decisiones, como se señala en la STS nº 246/2003, de 21 de febrero, no implican que los Magistrados integrantes del Tribunal que las adopta realicen funciones instructoras, y por ello no determinan con carácter general la pérdida de la imparcialidad, que solo se producirá cuando de las circunstancias del caso se infiera que en su resolución el Tribunal ha expresado un prejuicio sobre la culpabilidad del imputado o sobre el fondo de las cuestiones relevantes para determinar dicha culpabilidad.

La solución del caso actual viene condicionada por una peculiaridad consistente en que la sentencia dictada es absolutoria. El Ministerio Fiscal plantea la recusación desde la perspectiva de la posible existencia de prejuicios sobre la culpabilidad de los acusados derivados de dos actuaciones instructoras. En primer lugar, el dictado de una providencia en la fase de instrucción por el Magistrado Ponente, de fecha 26 de junio de 1997.

(...)

En segundo lugar, (...) del dictado de un auto en el que intervienen el Magistrado Ponente y el Magistrado Presidente del Tribunal.

(...)

Los mecanismos de abstención y recusación, lejos de proteger aspectos meramente formales, se establecen para garantizar el derecho a un Juez imparcial en su perspectiva material. Cuando la recusación se plantea antes del juicio oral, la valoración de la posible pérdida de la imparcialidad, o de su apariencia, ha de realizarse ex ante, en atención a los datos de que se dispone en ese momento. Sin embargo, cuando la cuestión se examina después de dictada una sentencia, la cuestión de la imparcialidad no puede examinarse prescindiendo del contenido de aquélla.

(...)

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en ATS 219/1993, de 1 de julio, ha señalado que cabe afirmar que, si bien la violación de esta garantía esencial del acusatorio [el derecho a un Juez imparcial], se efectúa por la sola circunstancia de que alguno de los Magistrados integrantes del Tribunal que ha de conocer del juicio oral haya efectuado previamente y en el mismo proceso funciones instructoras que comprometan su imparcialidad, la consumación de dicha vulneración, a los efectos de la parte interesada, tan sólo sucederá tras el pronunciamiento de un fallo condenatorio (SSTC 136/192 y 170/1993 y ATC 59/1989), pues será a partir de ese momento cuando los prejuicios o impresiones adquiridos durante la instrucción pueden influir en el dictado de una sentencia condenatoria. En el caso contrario, si la sentencia fuese absolutoria, es decir, sin gravamen para el recurrente, obvio es decirlo, la vulneración constitucional no habría llegado a consumarse por mucha participación que el Juez sentenciador haya tenido durante la instrucción. En el mismo sentido, en la STC nº 170/1993, de 27 de mayo, se afirma que la lesión constitucional, de existir, sólo

tendría lugar tras el fallo de la causa por el titular del órgano judicial en la primera instancia.

Al haberse dictado sentencia absolutoria en esta causa, ningún efecto negativo se puede apreciar para los acusados, ni para la sociedad en general, a causa de un posible prejuicio del Tribunal sobre su culpabilidad.

Es evidente que, planteada la cuestión en sede casacional desde estas perspectivas, carecería de sentido la anulación del juicio para que se procediera a celebrar nuevamente con otros Magistrados en los que no se aprecien los prejuicios en contra de los acusados que se sospecha fundadamente que podrían haber influido en los Magistrados que acordaron su absolución.

Sentencia 2147/2002, Sala de lo Penal del TS, de 5 de marzo de 2003

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO.

Anexo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor

Ponente: **Excmo. Sr. D. Gregorio García Ancos**

SÍNTESIS

Se aplica el criterio adoptado en el Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal de 14 de febrero de 2003 en orden a la cuantía indemnizatoria que corresponde a los padres en el supuesto de fallecimiento de víctima sin cónyuge ni hijos y con ascendientes (recogido en el n.º 9 de la Revista de Derecho Penal). Uno de los Magistrados formula un voto particular entendiéndose excesivamente rígido el criterio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—La compañía Aseguradora ASTRA formaliza un primer motivo al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estimar que se ha aplicado incorrectamente las disposiciones del Grupo IV de la Tabla I del Anexo de la Disposición Adicional 8ª de la Ley 30/95, en cuanto que alega que se duplican las indemnizaciones a los padres.

1. Advierte que la referida disposición, al señalar la cuantía de las indemnizaciones,

se refiere conjuntamente a los padres y no de forma individual a cada uno de ellos, como sucede cuando se establece la indemnización para los hermanos y abuelos, para los que en emplea la expresión “cada uno”. Cita de manera genérica, una doctrina jurisprudencial que establece que, en el caso de que haya muerto con anterioridad uno de los padres, al otro se le concede exclusivamente el 50% de la cantidad total fijada.

2. El sistema instaurado por la Ley 30/1995, originó, desde su nacimiento, una serie de reticencias sobre su constitucionalidad.

dad, que se plasmaron en numerosas cuestiones suscitadas desde varios Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales, por considerar que la vinculación de los Jueces a los límites indemnizatorios fijados en la Ley afectaban a diversos derechos constitucionales.

Todas estas cuestiones fueron acumuladas y resueltas por la STC de 29 de junio de 2.000 que, en líneas sustanciales, ha declarado la constitucionalidad de dicha norma, si bien advierte que el denominado "baremo" ha de ser considerado como una pieza, dentro de un sistema más complejo de distribución social o de socialización del coste de los accidentes de circulación. La citada norma, mediante un Anexo, establece el llamado sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas, señalando que cabe diversificar las seis tablas de valoración que fijan la indemnización básica, con los factores de corrección.

3. No vamos a entrar en discusiones o análisis críticos, con la menciona sentencia, ya que el carácter vinculante del baremo ha sido admitido por la jurisprudencia de esta Sala, pero no queremos dejar de señalar que, a primera vista, no se respeta el principio de correlatividad y proporcionalidad de la indemnización en función de la prima contratada, al mantenerse primas establecidas para

cubrir una responsabilidad civil ilimitada, que después en la práctica resulta limitada.

4. La cuestión relativa a la cuantía de la indemnización que corresponde a los padres, en el caso de muerte de hijos que carecen de cónyuge o de descendientes, ha sido objeto de debate en el seno de esta Sala, lo que ha motivado que esta resolución se haya retrasado hasta la celebración de una Sala General que, de alguna manera tratase de realizar una interpretación que resolviese las dudas que surgen en cuanto a los supuestos indemnizatorios en los casos que hemos señalado. Celebrada la Sala General con fecha 14 de Febrero de 2003, se adoptó por mayoría el acuerdo que transcribimos a continuación: La cuantía indemnizatoria prevista en el Grupo IV de la Tabla I del Baremo, contenido en el anexo a la Ley 30/1995, de 8 de Noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en el supuesto de fallecimiento de víctima sin cónyuge ni hijos y con ascendientes, en tanto que expresamente se atribuye a los padres, ha de entenderse que se trata de la concesión del importe total a ambos progenitores conjuntamente, de modo que ni procede otorgar la totalidad de esa cantidad, legalmente fijada, a cada uno de ellos por separado, en caso de supervivencia de los dos, ni reducirla a la mitad de la prevista cuando fuere uno solo el superviviente.

Sentencia 375/2003, Sala de lo Penal del TS, de 10 de marzo de 2003

LESIONES.

Art. 147 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez

SÍNTESIS

Se analizan los requisitos que tienen que concurrir para afirmar la presencia de un delito de lesiones por daños en la salud psíquica de la víctima.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 147 del Código Penal.

Se niega la existencia de un delito de lesiones y que subsidiariamente debió apreciarse una falta de lesiones, afirmándose que la víctima no ha sufrido lesión alguna ni ha precisado para su sanidad, además de la primera asistencia, tratamiento médico o quirúrgico.

El motivo se presenta enfrentado a los hechos que se declaran probados que, dado el cauce procesal esgrimido, deben ser rigurosamente respetados.

Se declara probado que ambos recurrentes se acercaron a Leonardo y esgrimando un destornillador le exigieron la entrega de la tarjeta de crédito y al contestarles que no tenía, de forma violenta, le obligaron a subir a la parte trasera del vehículo que previamente conducía y lo mantuvieron amenazado de muerte durante horas llegando a desplazarse hasta Cartagena con el vehículo de la víctima, y en ese tiempo el acusado Luis Pablo le dio un puñetazo. Se recoge igualmente en el relato fáctico que el perjudicado como consecuencia de los hechos necesitó tratamiento psicológico, habiendo tardado en curar cuarenta y cinco días, estando impedido cinco días para sus ocupaciones habituales.

La necesidad de tratamiento médico y los días que precisó para su curación viene recogido en informe emitido por médico forense (folio 131 de las actuaciones) tras haber sido reconocido el perjudicado, informe que no ha sido cuestionado en ningún momento.

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 785/1998, de 9 de junio, que la reforma de los delitos de lesiones

operada por la L.O. 8/1983 significó un cambio trascendental en la estructuración de los tipos penales que protegen la integridad corporal y la salud. Mediante la nueva redacción se pasó de un sistema caracterizado primordialmente por describir determinadas formas de acción, que implicaban explícitamente una actuación sobre el cuerpo de la víctima (herir, golpear, maltratar de obra), a otro sistema en el que la forma de la acción carece de una caracterización especial. De esta manera lo decisivo ya no es la forma de la acción, sino su causalidad respecto del resultado de menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental. En el nuevo sistema legislativo del delito de lesiones, profundizado ahora en el Código vigente que ya no contiene un tipo penal referido expresamente a las mutilaciones, plantea la cuestión de qué exigencias debe cumplir la acción del delito de lesiones. La redacción dada al art. 147 del CP tiene una notoria amplitud desde el punto de vista literal pues se refiere simplemente a causar una lesión por cualquier medio o procedimiento. De esta forma se plantea el problema de si la acción que lesione la salud mental debe haber tenido necesariamente o no una determinada incidencia en el cuerpo del sujeto pasivo y, en caso afirmativo, cómo se debe configurar esta incidencia corporal de la acción. La cuestión de si una incidencia meramente psicológica —sin incidir sobre el cuerpo— puede dar lugar a la realización del tipo adquiere, a la luz de las discusiones tradicionales referentes a este aspecto de la acción del delito de lesiones y de la amplitud literal del texto vigente, una singular importancia en relación a la solución que debe darse al presente caso. En efecto, desde el punto de vista de la finalidad de protección del delito de lesiones es claro que el legislador históricamente ha querido proteger básicamente el cuerpo. Aunque haya tenido en cuenta también los menoscabos de la salud mental, es indudable, que siempre se consideró que la

causa de la lesión debía ser, al menos, un maltrato de obra. El Código de 1848 había titulado estos delitos como “lesiones corporales”, lo mismo que el de 1850. El adjetivo “corporales” se abandonó en el Código de 1870, posiblemente, por ser considerado superfluo, dado que en el tipo básico se mantuvo la caracterización de la acción en la misma forma que en los Códigos anteriores y posteriores (herir, golpear, maltratar de obra). La necesidad de una incidencia corporal resultó en todo caso obvia durante la vigencia de los textos legales que rigieron hasta 1983. La nueva redacción, como se dijo, establece expresamente que la causa primera de la lesión que menoscaba la salud mental requiera una incidencia corporal de la acción, pues es evidente que el propósito del legislador no ha sido convertir en delictivo cualquier comportamiento de malos tratos psicológicos. Esta conclusión se deriva, ante todo, del texto del art. 147, lo mismo que el del art. 157 (lesiones al feto) establece que el menoscabo de la salud psíquica debe provenir de la lesión causada. Ello pone de manifiesto que en todo caso es necesaria una lesión corporal de la que se derive luego, como resultado mediato, el perjuicio de la salud física o psíquica. Es decir, que el resultado de la acción debe ser una lesión que no se debe identificar con el menoscabo de la integridad corporal ni de la salud psíquica o mental. En consecuencia en un correcto entendimiento el tipo penal de las lesiones exige como presupuesto una lesión corporal que debe tener además consecuencias en la integridad corporal, en la salud física o en la salud psíquica. Dicho de otra manera sólo se subsumen bajo el tipo penal del art. 147 del CP los supuestos en los que la lesión corporal causada tenga una determinada gravedad resultante de sus consecuencias sobre la integridad corporal, la salud física o la salud mental. Estas consecuencias mediatas de la lesión corporal son las que diferencian —junto con la exigencia del tratamiento médico— el delito de lesiones de la falta del art. 617.1 del CP, pues

operan como factores determinantes de la gravedad del resultado de lesión.

Se sigue afirmando, en la sentencia de esta Sala que comentamos, que es preciso comprobar si se ha producido una lesión corporal y luego si ésta ha afectado la salud psíquica del perjudicado. Ello requiere aclarar qué se debe entender por lesión corporal, como elemento común al delito y a la falta de lesiones. En la doctrina se ha considerado que una lesión corporal se debe apreciar siempre que exista un daño en la sustancia corporal, una pérdida de sustancia corporal, una perturbación de las funciones del cuerpo, o una modificación de la forma de alguna parte del cuerpo. Pero, fuera de estos casos, también se ha entendido por lesión la producción de malestares físicos de cierta entidad, como la producción de terror o de asco. Con respecto a estos últimos fenómenos se ha entendido que sólo cabe apreciar la exigencia de incidencia corporal cuando “junto a la conmoción del equilibrio espiritual se de también una excitación de los nervios sensitivos del sistema central nervioso que transmiten las impresiones sensibles”. A partir de este concepto se ha entendido que constituye una lesión corporal escupir a otro, someterlo continuamente a fuertes ruidos, el aterrorizar a otro mediante la amenaza con un arma, etc.

En el supuesto que examinamos en el presente recurso, en el que la víctima sufrió durante horas amenazas de muerte y violencias físicas, por parte de varios individuos, resulta evidente que concurren los elementos para afirmar una previa lesión corporal. Por otra parte el menoscabo no debe alcanzar la gravedad de una enfermedad mental. La ley exige, por lo tanto, sólo una alteración del equilibrio psíquico no irrelevante (confr. STS de 30.10.1994).

En este caso ha quedado acreditado, por dictamen emitido por médico forense, la realidad del menoscabo a su salud mental, así como la necesidad de tratamiento médico.

Sentencia 298/2003, Sala de lo Penal del TS, de 14 de marzo de 2003

PRESCRIPCIÓN. ESTAFA. RESPONSABILIDAD CIVIL.

Arts. 114, 528 y 529.7.º Código Penal 1973

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano**

SÍNTESIS

Sentencia relativa al denominado “caso los Albertos”. Una querella formalmente defectuosa puede ser considerada, sin embargo, como denuncia a efectos de interrumpir el plazo de prescripción. Por otra parte, se pasa revista en la sentencia a alguno de los elementos configuradores del delito de estafa y su interpretación jurisprudencial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

3. Con carácter previo al análisis del tema prescriptivo que nos ocupa, debemos preguntarnos sobre el alcance y consecuencias de la deficiencia formal de la querella.

Los argumentos de los querellantes y el M.º Fiscal pueden resumirse en los siguientes:

- a) existía poder especial.
- b) aún no existiendo, se produjo la ratificación posterior sanadora, con efectos de “ex tunc”, enjugando el vicio padecido (art. 11.3 de la LOPJ).
- c) no obstante esos defectos formales, pudo y debió operar como “notitia criminis”; y por consiguiente con aptitud para iniciar de oficio el proceso penal.

4. Como respuesta a la primera cuestión es obvio que a pesar de la declaración notarial calificando de especial el poder, no lo es. El apoderamiento bastante a que se

refiere el art. 277 de la LECrim. no es otro que el poder “especialísimo”, que en términos de nuestro Código Civil, sería aquel que “se otorga para un negocio determinado” (art. 1712 C. Civil).

Hubiera sido preciso delimitar el objeto de la imputación delictiva y las personas concretas contra quien la dirige.

Poder especialísimo según es definido por la doctrina científica más cualificada, es “el poder otorgado después del acaecimiento del hecho delictivo, en el que se autoriza expresamente al Procurador para presentar querella precisamente por ese hecho”.

La querella se hallaría, pues, huérfana de poder especial. Tampoco serviría ese mandato o poder para calificarla de denuncia, ya que ésta exige la firma personal del denunciante y si no puede hacerlo, otra persona a su ruego, o actuar mediante poder especial (art. 265 de la LECrim.).

5. Respecto a los efectos de la ratificación, que los recurrentes pretenden extenderlos desde la presentación, una vez sanadas las deficiencias formales, debemos pre-

cisar que la retroacción de efectos, a lo sumo, tendría lugar en “las relaciones internas entre poderdante y apoderado, pero no frente a terceros”. En el ámbito procesal la ratificación del querellante otorgaría al mismo las posibilidades de actuar en el proceso, perdidas o no utilizadas, desde la presentación de la querrela, permitiendo hacer uso de las mismas en la medida de lo posible, si no lo impedían exigencias impuestas por el nivel de la instrucción.

La ratificación realizada por el querellante, no puede afectar, ni siquiera de modo indirecto, al transcurso del tiempo para completar la prescripción, que actúa de modo objetivo e implacable. Entender otra cosa, sería tanto como atribuir a dicha ratificación efectos modificadores sobre el art. 113 del C. Penal de 1973 (tiempo de prescripción).

6. Por último, sí es posible otorgarle a la querrela la condición de cauce legítimo para poner en conocimiento del Tribunal un hecho delictivo perseguible de oficio (“notitia criminis”).

La querrela cumple una doble finalidad, que no alcanzó a perfilar la sentencia combatida en sus argumentaciones:

— por un lado, es un medio de poner en conocimiento de las autoridades judiciales la “notitia criminis”, conforme al art. 312 de la LECrim., al igual que la denuncia (art. 269 de la LECrim.) y el atestado (art. 297 de la LECrim.).

— por otro lado, constituye un medio a través del cual los querellantes se convierten en parte procesal (art. 270 de la LECrim.).

Consecuentes con ese dúplice aspecto, resulta que la querrela sin poder especialísimo no es óbice para que el proceso penal se inicie en averiguación de los hechos narrados en la misma contra las personas a quienes se atribuye su comisión.

El Procurador, aún careciendo de poder especial para querrellarse y denunciar, actúa como mandatario (poder general) de otro que le encomienda la comunicación al Juz-

gado de unos hechos presuntamente delictivos, que imputa a personas determinadas.

7. Recurrentes y recurridos sobre esta particular confrontación dialéctica traen a colación innumerables sentencias de esta Sala, alguna de las cuales en lugar de clarificar, oscurece la decisión del problema, al dirigirse su doctrina a la precisión de otros aspectos de la prescripción, distintos a la capacidad legal de la denuncia o querrela para interrumpirla.

Nos estamos refiriendo a los siguientes fenómenos:

a) La identificación nominal de los presuntos responsables. No puede afirmarse el efecto interruptivo, ni de la denuncia ni de la querrela ni de la investigación, si en tales modalidades de incoación del proceso penal no aparecen nominadas una o unas personas determinadas o fácilmente determinables.

b) Ello debe ser complementado por la delimitación fáctica de los hechos que se imputan al inculpado o inculpados, que permitan conocer el alcance genérico de la infracción que se pone de manifiesto.

c) Determinación de la naturaleza de la actuación judicial —necesaria en un proceso ya abierto— para que la paralización del procedimiento se entiendaalzada. Es el supuesto contemplado en el último inciso del par. 2.º del art. 114 (“o se paralice el procedimiento”).

Tampoco las características de esta incidencia procesal deben confundirse con la interrupción de la prescripción por “dirigirse el procedimiento contra el culpable”.

Cuando el proceso en marcha se paraliza sólo tienen virtualidad interruptiva de la prescripción aquellas resoluciones judiciales que ofrezcan un contenido sustancial, propio de una puesta en marcha del procedimiento, reveladoras de que el trámite procesal avanza superando la inactividad y la parálisis.

Las decisiones o diligencias puramente formales, inocuas o intrascendentes que no afecten al avance del procedimiento, no

pueden ser tomadas en cuenta a efectos interruptivos.

8. Delimitado así el problema, hemos de partir, en nuestro caso, de que la querella defectuosa contenía la descripción precisa de los hechos considerados delictivos y la concreta identificación de los presuntos autores.

Sobre la concreta interpretación de cuando se considera que “el procedimiento se dirige contra el culpable” existen dos corrientes doctrinales, que han tenido su reflejo en la jurisprudencia de esta Sala:

a) La primera de ellas entiende que no cabe pensar que la querella o denuncia sean actos procesales mediante los cuales se pueda dirigir el procedimiento contra el culpable y por tanto aptos para interrumpir la prescripción. Dentro de esta tendencia, basta para operar la interrupción una resolución judicial que recaiga sobre tal denuncia o querella.

Otra línea interpretativa más rígida exige un acto formal de imputación, procesamiento o en el peor de los casos una simple citación del sospechoso para ser oído.

Bastaría, en una concepción más flexible, con la decisión judicial que abre el procedimiento, en tanto en cuanto es presupuesto imprescindible la existencia de procedimiento para poderlo dirigir contra el culpable. La ley establece esa conexión, aunque no señale ni precise la calidad ni la intensidad de la misma, como ha tenido oportunidad de recordar el Tribunal Constitucional (S. Pleno T.C. n.º 69 de 17 de marzo de 2001). La conexión se produce tras la admisión a trámite de la querella dados los términos de la misma, ya que esa admisión a trámite sí es una actuación procesal en el sentido propio, susceptible de integrarse, en cuanto a su dominio subjetivo, con los propios términos de la querella y entenderse dirigida contra los querellados. Una muestra de esta tendencia interpretativa sostenida por la Sala Segunda en su línea moderada, de no exigir ningún acto de imputación formal, aparece directa o indirectamente refle-

jada en SS. de 3 de febrero de 1984; 21 de enero de 1993; 26 de febrero de 1993, 30 de septiembre de 1994; 31 de mayo de 1997, 28 de octubre de 1992; 16 de octubre de 1997, 25 de enero de 1999, 29 de septiembre de 1999, 25 de enero de 2000, entre otras.

b) La segunda corriente interpretativa entiende que la denuncia y querella con que pueden iniciarse los procesos penales forman parte del procedimiento. Si en dichos escritos aparecen ya datos suficientes para identificar a los presuntos culpables de la infracción correspondiente, hay que decir que desde ese momento ya se dirige el procedimiento contra el culpable a efectos de la interrupción de la prescripción, sin que sea necesario, para tal interrupción, resolución alguna de admisión a trámite.

Esta segunda tendencia es la sostenida en los últimos años y aparece bastante consolidada en esta Sala. Ejemplo de ello lo tenemos en la SS. 3 de febrero de 1995; 6 de noviembre de 1995, 15 de marzo de 1996; 11 de febrero de 1997, 4 y 13 de junio de 1997; 30 de septiembre de 1997; 30 de diciembre de 1997; 25 de abril de 1998, 29 de julio de 1998; 23 de abril de 1999; 10 y 26 de julio de 1999, 6 de noviembre de 2000, 30 de octubre de 2001.

Son de destacar de forma especial, por lo recientes, las n.º 147 de 5 de febrero de 2003 y n.º 162 de 4 de febrero de 2003.

9. La Sala, a la vista de la inequívoca tendencia prevalente, últimamente mantenida, debe acogerla en su integridad. Es evidente que los supuestos contemplados en las sentencias antes reseñadas no coincidirán exactamente con el que a nosotros nos atañe, en cuanto éste es un caso de querella defectuosa, pero ello no empece para que la doctrina proclamada se acomode plenamente a nuestra hipótesis.

La querella tuvo la virtualidad de integrar una denuncia, que aún carente de poder especial, a efectos de traslado de responsabilidades al denunciador (v.g. denuncia falsa), bastó con la firma o suscripción del mandatorio, con poder general, para trasladar al

Tribunal la “notitia criminis” que debió obligarle a actuar, al tratarse de delito perseguible de oficio, sin perjuicio de que la ulterior ratificación de la querrela permitiera la atribución de la condición de parte procesal en la causa, al querellante.

Existió, a su vez, procedimiento judicial, que se colma, según jurisprudencia de esta Sala, con la anotación en el registro general del Juzgado (S. n.º 162 de 4-2-2003), circunstancia que dota de certeza y de seguridad jurídica a la hora de computar los términos (art. 9.3 de la C.E.)

El Juzgado de guardia, que actúa a prevención de los demás, en casos de inactividad de los otros de su mismo Partido Judicial (el día de la presentación de la querrela era festivo), es tanto como si se hubiera presentado en el Juzgado al que por turno correspondió instruir el asunto. Prueba de la competencia eventual o excepcional, es que de haber sido precisa la práctica de alguna diligencia urgente, que no admitiera demora, la debió practicar el Juzgado de guardia; pero ese no fue el caso.

Por todo lo expuesto, procede estimar el motivo que analizamos, simultáneamente formalizado por el M.º Fiscal y las partes acusadoras y actoras civiles, estimando no prescritos los hechos denunciados.

(...)

Décimo.—(...)

2. Comenzando por el estudio del engaño, ambos censurantes entienden que el supuestamente concurrente en el caso que nos ocupa, sería el engaño omisivo, por lo que hallándonos ante una conducta penal de omisión impropia (art. 11 del C.Penal) sería necesaria la existencia de una norma jurídica, una obligación contractual o una posición de garantía, para incurrir en responsabilidad penal, que no se concreta en la sentencia.

La sentencia sólo habla de un deber de lealtad, que para los recurrentes no es otra cosa que una aplicación al ámbito de la sociedad mercantil del principio general de

buena fe, y de tal principio no pueden extraerse obligaciones en el ámbito penal. El deber de informar derivado de la buena fe no puede tener transcendencia penal.

3. El enfoque de los recurrentes no es correcto, por la potísima razón de que no nos hallamos ante un engaño omisivo, aunque en la trama o conducta engañosa interfiere o se añade un ingrediente omisivo.

(...)

5. Pero aun cuando nos halláramos ante un engaño omisivo, tal modalidad conductual también permitiría construir un engaño típico, al no comunicar a los socios información veraz a que se hallaban obligados.

Recordando los aspectos del *factum* referidos en este fundamento, es obvia la fuente que imponía a los socios mayoritarios informar a los demás de las actividades desplegadas, en relación al tema de la encomienda (gestionar la venta de los solares). Resulta totalmente irrelevante acudir a la normativa civil sobre estipulaciones en favor de tercero (art. 1257 C. Civil) ni gestión de negocios ajenos (art. 1889 C. Civil). Bastaría calificar el desempeño de dicho cometido de negocio jurídico, pacto, convenio, acuerdo, contrato atípico, o si se quiere mandato (art. 1719 y 1720 C.C.) para llegar a la conclusión que dentro de la libertad de contratación y de formas (arts. 1255 y 1278 C.C.), el Sr. C. y de A. asumieron el encargo de gestionar y negociar en nombre o interés propio y en el de sus socios minoritarios la venta de derechos y acciones de Urbanor.

En virtud del encargo asumido tenían obligación de informar, según ese deber jurídico de lealtad, de las circunstancias que constituyeron el objeto de la encomienda.

El hecho de que se firmaran contratos exclusivamente entre los acusados y el representante de KIO-Koolmes, no significa que quedara debilitado el deber de informar verazmente de las gestiones relativas al tema concreto para el que habían viajado a Londres.

No tendrán obligación jurídica de exhibir, desde el punto de vista formal, los mismos contratos suscritos a los que no fueron

parte en ellos, pero sí comunicar de cualquier modo aquellos aspectos de los mismos que se hallaran dentro de la gestión asumida.

“Ex abundantia”, también debieron informar con fidelidad a los demás socios de la enajenación de más del 9% de las participaciones, así como del precio de las mismas, según imponen los estatutos de Urbanor.

Bien por vía estatutaria o contractual (art. 1258 C.C.) los acusados debían poner en antecedentes de la operación que empezaba a fraguarse y no lo hicieron, o mejor dicho, lo hicieron, pero con engaño y utilizando documentos falsificados, para crear el error propio de la estafa. Existió engaño por actos positivos, y también por omisivos.

Sólo la concurrencia de esta última modalidad conductual ya determinaría el nacimiento de la responsabilidad penal. Nos dice en tal sentido la sentencia de esta Sala n.º 94 de 7 de febrero de 1997 que “no se discute, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, la posibilidad de la existencia de un engaño omisivo como elemento generador de la estafa. Ahora bien, no todo engaño omisivo genera un delito de estafa ya que podríamos criminalizar extensivamente aspectos de la vida contractual que tienen su acogimiento en la legislación civil”.

(...)

Decimoprimeramente.—(...)

Este impugnante nos dice que la concurrencia del engaño, elemento nuclear de la estafa, sólo será bastante si tiene idoneidad o entidad suficiente para provocar error en una persona que haya cumplido con unos deberes mínimos de diligencia. En este sentido, invocando jurisprudencia de esta Sala, señala “que todo tráfico mercantil está inspirado simultáneamente por la pauta de la confianza y desconfianza”, y de acuerdo con tal idea no existirá engaño bastante cuando el sujeto no haya actuado con arreglo a la pauta de desconfianza a que estaba obligado (S. 29 de octubre de 1998).

A partir de este criterio interpretativo, precisa que los querellantes se comportaron —según su opinión— con una total falta de diligencia, ya que pudieron haber evitado el error con una mínima actuación de comprobación.

Las circunstancias que debieron alertarles son las siguientes:

a) Los querellantes eran personas, que por su condición de profesionales del sector y por su intervención personal en todas las gestiones urbanísticas, relativas a los solares objeto de la operación, debían estar al tanto del mercado inmobiliario.

b) Constituía un hecho notorio, con trascendencia en la opinión pública, la propagación de las condiciones de la venta de los terrenos (diario “El País”).

c) La venta, en última instancia, la hicieron los querellantes a Koolmes, filial de KIO, frente a la que podían haber aclarado cualquier duda.

2. Antes de analizar la magnitud y condiciones del engaño para inducir a error, conviene dejar sentados ciertos principios doctrinales sostenidos por la Sala, que vienen al caso:

a) La valoración de la eficacia causal del engaño debe realizarse caso por caso, calibrando las circunstancias y condiciones concretas de las personas intervinientes, engañador y engañado, y los usos mercantiles aplicables (S.T.S. de 22 de diciembre de 2000). Débese, por tanto, desterrar cualquier conceptualización generalizadora, acudiendo a cada una de las situaciones concretas que la variopinta realidad nos ofrezca.

b) Procede excluir, a su vez, la relevancia típica del engaño objetivamente inidóneo cuando la representación errónea de la realidad captada por el sujeto pasivo deriva de un comportamiento suyo imprudente, no inducido por artimañas o ardides del sujeto activo. En tal supuesto el error de aquél no es imputable objetivamente al engaño de éste, ni por ello las circunstancias subjeti-

vas de la víctima en este caso convierten en idóneo un engaño que objetivamente no lo es (S.T.S. n.º 1873 de 4 de diciembre de 2000).

c) Como enseña la Sentencia n.º 1343 de 5 de julio de 2001, invocada por el M.º Fiscal, “es perceptible una evolución de la doctrina desde una posición objetivista, en la cual el engaño bastante sería el capaz de inducir a error a una persona medianamente perspicaz, frente a otra predominantemente subjetivista que pone el acento en la posibilidad e incluso en la obligación en que se encuentra el sujeto pasivo de reaccionar diligentemente frente a la mendacidad del activo”.

d) Finalmente, para conmensurar la eficacia del engaño hemos de partir de una regla, que sólo excepcionalmente puede quebrar. Esta regla podemos enunciarla del siguiente modo: “el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores”. Sería difícil considerar que el engaño no es bastante cuando ha sido efectivo y se ha consumado la estafa.

(...)

Decimosexto.—En el segundo motivo de los querellantes Sr. S. y Sres. C. y G. denuncian falta de aplicación al delito de estafa de la agravante específica de múltiples perjudicados, con vulneración del art. 529.8, en relación al 528 del C.Penal de 1973.

También invocan este motivo los otros querellantes y actores civiles (Motivo 1.º de los respectivos recursos). Sin embargo, la parte recurrida ha puesto de relieve la ausencia de petición en la instancia de tal pronunciamiento. Ni en calificación provisional ni en definitiva postularon el acogimiento de esta agravatoria, por lo que a este nivel casacional no puede ser analizada “per saltum” a su instancia por falta de legitimación para ello, so pena de infringir el principio acusatorio y de contradicción que deben ser observados preceptivamente en el proceso. No obstante, planteada la cualificación por los primeros deberemos examinar la concurrencia o no de la misma.

1. Conforme precisa la S. de esta Sala de 1 de julio de 2002, hay dos posturas en la jurisprudencia que difieren esencialmente:

a) La primera o teoría del número. Según ésta se entiende que hay múltiples perjudicados, simplemente cuando el número de afectados por la estafa, es elevado, considerando que múltiples (que es plural de una expresión que ya en singular indica una pluralidad) significa más que muchos.

Así, pues, múltiple es más que una simple pluralidad de sujetos, porque el adjetivo “múltiples” tiene su paralelo en el sustantivo multitud y este sustantivo encierra la idea de un “número amplio de personas”.

b) La segunda postura se define como teoría de la indeterminación. Existiría estafa cualificada por esta circunstancia cuando la acción engañosa se dirigiera contra una colectividad, esto es, contra un grupo de personas no concretadas individualmente.

2. Los recurrentes protestan por la decisión de la Audiencia porque parte de la confusión de la agravante específica de múltiples perjudicados y del concepto de generalidad de personas perjudicadas, propio del delito masa (art. 69 bis C.P.).

No les falta razón, pues la exigencia legal relativa a la mecánica delictiva es decir, que la acción engañosa se dirija a una generalidad de personas, se halla prevista en el art. 69 bis, n.º 2 del C.Penal de 1973 (actualmente en el 74 del vigente), pero no en la cualificativa inaplicada. Es posible que, en más de una ocasión, los mecanismos de comisión del delito se traduzcan en llamadas al engaño a un número indeterminado de personas, pero la cualificación sólo se producirá, cuando realmente los perjudicados hayan sido múltiples. La nota de la indefinición del sujeto pasivo o proyección del delito a un número no determinado de personas, sólo deberá acogerse cautelosamente con carácter interpretativo secundario, por cuanto en más de una ocasión los modos de proceder del culpable se acomodarán a esa dinámica delictiva. Pero el principio de legalidad y la interpretación rigurosa de la ley

penal, evitando desviaciones “in malam partem”, nos obligan a circunscribir el concepto de “generalidad de personas” al delito masa.

3. Realizadas las precedentes aclaraciones, hemos de preguntarnos si la hipótesis que nos atañe, será subsumible en el apartado 8.º del art. 529 del C.Penal, o por el contrario, no resulta éste aplicable.

Es de vital importancia en la delimitación conceptual de la agravatoria, precisar el concepto de perjudicado. Según aceptemos una noción amplia del mismo o por el contrario restrictiva, variará la solución del caso.

Si entendemos que el ocasionamiento del perjuicio, se produce no sólo a los directamente afectados, sino a cualquier persona, que de un modo u otro resulte repercutida negativamente en su patrimonio por la estafa, nos estaremos inclinando por una interpretación laxa de una amplitud difícilmente precisable, con posibilidades de crear incertidumbre o inseguridad en los límites aplicativos de la agravatoria.

Si se perjudica a una Sociedad, puede entenderse, que indirectamente también resultan afectados (perjudicados), sus socios, los trabajadores de la misma o sus acreedores. Pero también los terceros, que de una manera u otra dependen en su subsistencia de los patrimonios de los directamente afectados (Sociedades) o de los afectados de primer grado y así sucesivamente. Una interpretación estricta y ajustada a la naturaleza de la materia a interpretar (perjudicial para el reo), nos debe impulsar a una exégesis restrictiva.

No faltan pronunciamientos de la Sala Segunda, que apoyan dicha postura (S.T.S. 20 de abril de 1991). Esta sentencia consideraba que el sujeto pasivo del delito, la Cooperativa “era un sólo perjudicado, y por ende, un único centro de imputación, tanto en lo activo como en lo pasivo, mientras que el subtipo indicado, por el contrario, contempla la existencia de múltiples (ni siquiera basta con la mera pluralidad) perjudicados,

ya sean personas físicas o jurídicas, y el que la cooperativa esté, como toda persona jurídica institucional, compuesta por un número indeterminado de socios no convierte a éstos en perjudicados singulares en el sentido de referido precepto”.

(...)

Vigésimoprimer.—El motivo noveno, residenciado en el art. 849.1.º LECrim. protesta por falta de aplicación de los arts. 19, 101, 106, 107 y 117 del C.Penal de 1973 (equivalentes a los 109, 110, 113 y 116.1.º del Código actual).

1. Ciertamente, que estimándose cometidos dos delitos, a los que no alcanza la prescripción, deberá acordarse como natural consecuencia la indemnización de daños y perjuicios.

Sobre este punto, es conveniente llevar a cabo algunas precisiones o criterios a tener en cuenta:

a) La acción civil “ex delicto” no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en proceso penal. El tratamiento debe ser parejo, so pena de establecer agravios comparativos, o verdaderas injusticias, según decida el sujeto perjudicado ejercitar su derecho resarcitario en el propio proceso penal, o lo reserve para hacerlo en el correspondiente civil (art. 110 y 111 de la LECrim. y 109.2.º C.Penal).

b) Las obligaciones civiles “ex delicto” no nacen propiamente del delito (aunque es necesario la declaración de su existencia) sino de los hechos que lo configuran, en cuanto originadores de la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de los perjuicios.

c) Constituye doctrina general de esta Sala, reconducir el régimen de la responsabilidad civil dimanante de delito al campo del derecho civil, a sus principios y normativa específica, siempre que no exista un especial precepto de naturaleza penal que limite o modifique su régimen (art. 1092 C.Civil).

d) Los daños y perjuicios, cuando de reclamación dineraria se trata, se contraen a los intereses contractuales o legales que procedan.

En este caso la restitución del principal en concepto de “*damnum emergens*” deberá completarse, en concepto de daños y perjuicios, con el “*lucrum censans*” o privación del disfrute del numerario indebidamente apropiado. Tal finalidad se alcanza a través de los intereses moratorios.

e) En toda reclamación judicial civil, de una cantidad proviniente ora de una fuente legal, ora de un contrato, ora de un cuasi-contrato, ora de un delito (caso de reclamación separada: art. 109.2 C.P.) o de actos y omisiones en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, los daños y perjuicios se rigen por lo dispuesto en los arts. 1100, 1101 y 1108 del C.Civil, esto es, el devengo de intereses se produce cuando el deudor incurre en mora. Quedarían a salvo los intereses moratorios imperativamente impuestos por la Ley (v.g. accidentes viarios: Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado).

f) La Sala 1.^a del T.Supremo, hace pocos años que ha dado un giro jurisprudencial (consolidado desde 1997), a la hora de interpretar el brocardo “*in illiquidis non fit mora*”, entendiendo que tal principio no debe regir, cuando de un modo u otro esté determinada la cantidad reclamada o pueda determinarse, aunque sea con aproximación. Basta que se trate de un daño preexistente, susceptible de delimitación (Vide SS. T.S. Sala 1.^a n.º 88.º de 13 de octubre de 1997; n.º 1117 de 3 de diciembre de 2001; n.º 1170 de 14 de diciembre de 2001; n.º 891 de 24 de septiembre de 2002; n.º 1006 de 25 de octubre de 2002; n.º 1080 de 4 de noviembre de 2002; n.º 1223 de 19 de diciembre de 2002; etc.).

g) No deben confundirse en ningún caso los intereses moratorios propiamente dichos (daños y perjuicios) que contempla el art. 1108 del C.Civil, y los recogidos en el art. 921 de la L.E.Civil (hoy art. 576 L.E.C.

de 7 de enero de 2000) o intereses de la mora procesal (véase S. Sala 1.^a n.º 908 de 19-10-1995).

2. A la luz de tales orientaciones jurisprudenciales y trasladándolas a nuestro caso, no puede prosperar en su integridad la pretensión alegada, al solicitar el devengo del interés (daños y perjuicios) desde la fecha de comisión del delito.

En mora sólo incurrieron los acusados desde el momento de la presentación de la querrela en que se reclaman los daños y perjuicios (aunque sea de forma genérica) ocasionados por el delito.

Si algún acusador particular, se personó sin querrela, constituyéndose en parte como perjudicado, desde la fecha, en que haciéndolo así, interesó la condena de los culpables y la reparación del daño sufrido (escrito de calificación provisional).

La responsabilidad civil se hará efectiva por mitad y con carácter solidario, conforme preceptúa el art. 106 y 107 C.P. de 1973 (art. 116.2 del vigente).

Las sentencias invocadas por los recurrentes y el M.º Fiscal que apoyó el motivo, constituyen excepcionales desviaciones que no alteran, en esencia, la doctrina general. Por ejemplo, la más moderna de las citadas, la n.º 846 de 22 de mayo de 2000 de esta Sala, sitúa el arranque del devengo de los intereses moratorios en la fecha de comisión del delito; pero lo determinó así, porque, conforme al art. 1100 del C.Civil, desde ese preciso momento se entendió que comenzó la mora del deudor, acusado y condenado. Por tanto, no procederá computar los intereses desde la fecha del delito, sino desde la interpelación judicial.

En cuanto a los intereses procesales, deberán operar los legales incrementados en dos puntos, desde la presente sentencia hasta el completo pago, en aplicación de lo dispuesto en el antiguo art. 921 de la L.E.Civil, equivalente al 576 de la nueva Ley de enjuiciar de 7 de enero de 2000. El motivo deberá estimarse parcialmente.

Sentencia 436/2003, Sala de lo Penal del TS, de 20 de marzo de 2003

ENTRADA Y REGISTRO.

Art. 569 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta**

SÍNTESIS

Sentido de la concurcencia de los testigos sustitutivos del interesado, y efectos derivados de su omisión.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...)

Formaliza un primer motivo de oposición en el que denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia argumentando sobre la legalidad de la entrada en el domicilio del acusado, con vulneración del art. 18 de la Constitución, al haber sido realizado con omisión de los “requisitos formales que legalmente se exigen para dotar de las completas garantías que requiere la diligencia”, en referencia a la ausencia de los testigos previstos en el art. 569 de la Ley Procesal Penal.

El motivo se estima. El art. 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal previene que el registro se practicará en presencia del interesado; si no fuere habido o no quisiere concurrir ni nombrar representante, un individuo de su familia; si no lo hubiere, dos testigos, vecinos del mismo pueblo. La Ley Procesal prevé, consecuentemente, la presencia del interesado, y en su ausencia, prevé una cadena de sustitutos con la finalidad de asegurar que su presencia fortalezca el derecho a la intimidad proclamado constitucionalmente ante una injerencia en la inviolabilidad del domicilio autorizado judicial-

mente. En otras palabras, las situaciones legalmente previstas para vulnerar el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio, además de aparecer supeditadas a la necesidad y proporcionalidad de la medida, aparecen complementadas con unas exigencias, que constituyen requisitos de la injerencia, destinadas a preservar la intimidad del titular del domicilio, bien mediante su presencia, aunque se encuentre detenido, bien a través de personas pertenecientes a su ámbito familiar o, en su defecto, vecinal. La importancia de su presencia se reafirma en la Ley Procesal estableciendo la responsabilidad penal de quienes se negaren a la asistencia como testigos en la diligencia.

Estos testigos, sustitutivos del interesado, han de concurrir en todo caso a la diligencia, aunque asista el Secretario judicial, pues su función en la diligencia no es la acreditación del registro, sino preservar la intimidad y que se ampara de esta forma frente a una investigación judicialmente acordada que no debe vulnerar el derecho a la intimidad del morador de la vivienda.

La omisión de la presencia de los testigos que sustituyen la presencia del interesado convierte a la diligencia en un acto procesal irregular, por su realización sin observancia

de la disciplina de garantía que previene la Ley Procesal. No es una actuación con vulneración de derechos fundamentales, pues la inviolabilidad del domicilio aparece correctamente enervada mediante la autorización judicial, pero en su realización se ha omitido las prevenciones legales previstas para afirmar la corrección de la diligencia, lo que la convierte en irregular y, por lo tanto, ineficaz para la acreditación del hecho que pudiera resultar de la injerencia.

Reiteradamente hemos señalado que la prueba penal es un elemento de acreditación de un hecho con transcendencia en el enjuiciamiento de una conducta típica, antijurídica, culpable y penada por la Ley. A su través, las partes del proceso penal tratan de reconstruir un hecho. Es, desde esta perspectiva, una actuación histórica que trata de reconstruir el hecho enjuiciado. El Proceso Penal en un Estado de Derecho se enmarca la consideración de un derecho penal como instrumento de control social primario y formalizado. De ésta última característica resulta que sólo podrán utilizarse como medios de investigación y de acreditación aquéllos que se obtengan con observancia escrupulosa de la disciplina de garantía de cada instrumento de acreditación. Las normas que regulan la actividad probatoria son normas de garantía de los ciudadanos frente al ejercicio del "ius puniendi" del Estado.

El ordenamiento procesal, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica del Poder Judicial, previene que "no surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales" (art. 11.1 LOPJ). (STS 1607/1999, de 8 de noviembre). Trátándose de actos nulos, por su realización con inobservancia de la disciplina de garantía de una prueba o de normas del procedimiento causantes de indefensión, la consecuencia en la valoración de la prueba es que el acto procesal carezca de efectos probatorios. Si se tratara de una mera irregularidad susceptible de ser subsanada, no se producirá consecuencia alguna, sin perjuicio de la posibilidad de actuar disciplinariamente contra el responsable.

En el presente supuesto, la inobservancia del art. 569 de la Ley Procesal Penal en la realización supone que la entrada y registro no pueda ser valorada en los términos que resultan de la documentación de la diligencia, sin que tampoco su contenido pueda ser acreditado por el testimonio de los policías que realizaron la diligencia delegados por la Juez que autorizó la entrada y registro, pues, como se dijo, la razón de su presencia no se fundamenta en la protección de la intimidad afectada por la injerencia judicialmente acordada.

Sentencia 410/2003, Sala de lo Penal del TS, de 24 de marzo de 2003

ENTRADA Y REGISTRO. COMPETENCIA.

Art. 546 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo**

SÍNTESIS

Se afirma la competencia del Juzgado de Instrucción en funciones de guardia para acordar la entrada y registro pese a seguirse diligencias en otro Juzgado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

En el motivo tercero de casación, igualmente residenciado en el art. 5.4 de la LOPJ, se denuncia una vulneración de los derechos fundamentales al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías reconocidos en el art. 24 de la CE, en relación con el art. 18.2 de la misma Norma, porque la diligencia de entrada y registro, que aportó inicialmente la prueba de la existencia de armas en el domicilio del acusado, no fue acordada por el Juez de Instrucción que tramitaba el procedimiento —el Número Dos de Torrente— sino por el Número Seis de la misma ciudad. El motivo no puede ser estimado. Es verdad que (...) estos antecedentes debían haber llevado a la Guardia Civil, si existió la debida coordinación entre los distintos equipos encargados de la investigación, a solicitar del Juzgado de Instrucción Número Dos el mandamiento de entrada y registro pero ello no significa que el Juzgado de Instrucción Número Seis, en funciones de guardia cuando se formuló la solicitud, no fuese competente —y aún menos, en consecuencia, que no tuviese la condición constitucional de juez ordinario predeterminado por la ley— para acordar la diligencia. Según el art. 40 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, dictado por el Consejo General del Poder Judicial, y publicado en el BOE el 13 de julio del mismo año, “Constituye el objeto del servicio de guardia la recepción e incoación, en su caso, de los procesos correspondientes a los atestados, denuncias y querellas que se presenten durante el tiempo de guardia, la realización de las primeras diligencias de instrucción cri-

minal que resulten procedentes, la adopción de las resoluciones oportunas acerca de la situación personal de quienes sean conducidos como detenidos a presencia judicial y, en general, la práctica de cualesquiera otras actuaciones de carácter urgente o inaplazable de entre las que la Ley atribuye a los Juzgados de Instrucción”. A la luz de este precepto y teniendo en cuenta que la búsqueda de efectos o instrumentos de delito es una actividad investigadora que normalmente no admite demora por la facilidad con que los mismos pueden ser ocultados o destruidos, no le puede ser negada a un Juez de Instrucción en funciones de Guardia competencia para acordar, en el ámbito territorial a que se extiende su jurisdicción, la entrada y el registro de un domicilio donde se sospeche fundadamente se encuentran efectos o instrumentos de un delito. Quiere esto decir que, en el caso que nos ocupa, el titular del Juzgado de Instrucción Número Seis era el Juez legalmente competente —y por consiguiente el Juez ordinario preterminado por la ley— para ordenar la entrada y registro en domicilio del acusado, de lo que se deriva que no fue vulnerado, en la ocasión de autos, el primero de los derechos fundamentales enumerados en el art. 24.2 CE, ni el derecho a un proceso con todas las garantías, ni finalmente el derecho a la presunción de inocencia que la parte recurrente parece pretender fue también infringido, “ex” art. 11.1 de la LOPJ, por haber sido obtenida la prueba de la existencia de armas en el domicilio del acusado gracias a la autorización de un Juez que no era, a su entender, el ordinario predeterminado por la ley. Queda rechazado, por todo lo expuesto, el tercer motivo del recurso.

Sentencia 388/2003, Sala de lo Penal del TS, de 1 de abril de 2003

DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE.

Arts. 325 y 326 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón**

SÍNTESIS

Se entiende por el Tribunal Supremo que la figura recogida en el art. 325 del CP es un “delito de peligro hipotético” y no concreto como se había entendido en sentencias anteriores. Por otra parte, se aboga por una interpretación restrictiva de la modalidad agravada por la clandestinidad de la actividad contaminante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—No ha de olvidarse que la doctrina jurisprudencial más reciente (STS 1828/2002, de 25 de octubre, STS 52/2003, sobre contaminación acústica), al destacar la naturaleza como delito de peligro del tipo definido en el art. 325 del Código Penal de 1995, ya no califica el peligro como concreto, pues en realidad la naturaleza de este tipo delictivo debe configurarse como de peligro hipotético, a medio camino entre el peligro concreto y el peligro abstracto.

En estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro.

Esta modalidad delictiva ya se ha utilizado por la doctrina jurisprudencial de esta Sala (STS 22-06-2001, núm. 1210/2001, STS 20-01-2001, núm. 18/2001, STS 15-12-2000, núm. 1973/2000, STS 4-10-1999, núm. 1397/1999), en relación con delitos de riesgo para la salud de consumidores, en los supuestos de administración a los animales cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano de sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas (art. 364.2.º Código Penal de 1995).

En lo que se refiere al delito ecológico, la reiterada calificación jurisprudencial como delito de peligro concreto tenía la finalidad de poner de relieve la necesaria distinción entre el tipo delictivo y las infracciones administrativas correlativas, destacando para ello que el delito ecológico no podía configurarse como delito de peligro abstracto “stricto sensu”. Ha de tenerse en cuenta que cuando esta configuración jurisprudencial se inició y conformó, la categoría intermedia de los delitos de peligro hipotético no se

encontraba todavía plenamente consolidada en la doctrina penal española.

Pero, como ha señalado acertadamente esta doctrina, aunque nuestra jurisprudencia haya calificado formalmente hasta fecha reciente esta modalidad delictiva como de peligro concreto, en realidad los criterios utilizados para determinar la concurrencia del peligro en el delito ecológico eran desde hace tiempo más propios de los delitos de peligro hipotético o potencial que de los delitos de peligro concreto, en sentido estricto.

Lo cierto es que el tenor literal de la norma no expresa la exigencia de un peligro concreto, y que la estructura del tipo tampoco lo exige, por lo que debemos concluir que nos encontramos ante una figura delictiva de peligro hipotético o potencial.

(...)

Décimo.—La Sala sentenciadora aplica el subtipo agravado porque la empresa carecía en la fecha de los vertidos contaminantes el 9 de marzo y el 12 de mayo de 1999, de la preceptiva autorización de vertidos que le fue concedida posteriormente el 8 de octubre de 1999. Considera irrelevante que la autorización estuviese en trámite, porque estima que lo determinante es que carecía de ella, y también estima irrelevante que existiesen con anterioridad unos planes de descontaminación, pues ya no se encontraban vigentes cuando se produjo el hecho delictivo.

En definitiva, estima que concurre clandestinidad, y debe aplicarse el subtipo agravado siempre que la industria o actividad carezca de la preceptiva autorización para los vertidos, aunque disponga de licencia de actividad y la realización de vertidos sea conocida por la Administración. Esta concepción del subtipo es compartida por el Ministerio Fiscal, en el escrito de impugnación del recurso.

Undécimo.—Este criterio no puede ser compartido, pues implica una interpretación extensiva “contra reo” del subtipo agravado,

escasamente respetuosa con el principio del legalidad.

En efecto lo que exige la Ley para la aplicación del subtipo es que la industria o actividad funcione clandestinamente, equiparando clandestinamente al hecho de no haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, pero no exige adicionalmente la expresa autorización para la realización de unos concretos vertidos.

La interpretación de la norma aceptada en la sentencia de instancia, se aparta del sentido gramatical de las palabras utilizadas por el Legislador, por lo que no respeta la taxatividad de los preceptos penales establecida en el art. 4.º 1.º del Código Penal de 1995, que dispone que las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. El tenor literal del apartado a) del artículo 326 exige autorización de las instalaciones, lo que equivale a estar autorizado para la puesta en funcionamiento de la industria o actividad, pero no impone otras licencias adicionales.

Ha de apreciarse que interpretar funcionamiento clandestino en el sentido de falta de licencia de actividad o instalación, ya implica una cierta ampliación del subtipo, pues una interpretación material permitiría estimar que existen industrias o actividades carentes de licencia que no son clandestinas sino sobradamente conocidas por la Administración. Pero, en este supuesto, es el propio Legislador el que de modo auténtico, dota de contenido al término, explicando expresamente que se considerará que funciona clandestinamente toda industria o actividad que no haya obtenido la preceptiva autorización o aprobación de sus instalaciones.

Partiendo de esta interpretación auténtica, llevar el subtipo hasta el supuesto de reputar que funciona clandestinamente una industria o actividad que actúa en el tráfico ordinario disponiendo de la pertinente licencia de apertura de sus instalaciones, y que mantiene relaciones fluidas con la administración, como sucede en el caso actual, por

el hecho de carecer de una licencia específica de vertidos, es llevar la interpretación de la expresión “funcionamiento clandestino” más allá del sentido natural de las palabras y más allá del contenido propio del tipo.

Duodécimo.—La doctrina más moderna de esta Sala ha acogido ya un criterio restrictivo del subtipo agravado.

Así en la STS de 26 de junio de 2002 (núm. 1200/2002) se interpreta la agravante de clandestinidad de manera formal en el sentido de que la ausencia de licencia administrativa da lugar a la aplicación de la agravante (SSTS de 11 de marzo de 1992, 26 de septiembre de 1994 y 27 de enero de 1999), pero aclarando que únicamente procede la aplicación del subtipo en “los supuestos de falta de licencia para la explotación en sí misma y no de la actividad que constituye el vertido contaminante”.

Este criterio restrictivo se justifica especialmente tras la publicación el Código Penal de 1995, aplicable en el caso ahora enjuiciado, pues como señala la referida sentencia de 26 de junio de 2002 (núm. 1200/2002), las previsiones legales del Texto punitivo hoy vigente, que exacerban la respuesta penológica en estos casos de subtipo agravado, determinan que “la apreciación de tal agravación ha de realizarse de manera exigente”.

En la sentencia de 29 de septiembre de 2001, núm. 1705/2001, se afirma expresamente que “la falta de autorización administrativa en el presente caso, (se refiere a la autorización para vertidos) es precisamente la contravención de la normativa administrativa protectora del medio ambiente que integra, de forma prioritaria, el elemento normativo del tipo básico, por lo que no sería admisible que al mismo tiempo sirviera para la aplicación del tipo agravado”.

En la sentencia de 30 de enero de 2002, núm. 96/2002, se señala que “tampoco concurre el subtipo agravado del artículo 326, apartado a), pues la actividad desarrollada en el taller de donde procedían los bidones no era clandestina. Lo clandestino, con rele-

vancia penal, fue el vertido de los bidones en el lugar en el que lo fue, que es lo que constituye el tipo básico”. Se trata de un supuesto en que el vertido realizado en unos bidones procedía inicialmente de un taller mecánico, que obviamente carecía de autorización de vertidos.

En la sentencia de 19 de enero de 2002, núm. 7/2002, se desestima la pretensión del Ministerio Público que interesaba en el recurso la apreciación de esta agravante, rechazando el criterio de que la ilegalidad de un vertido indebidamente autorizado por la Administración equivalga a la clandestinidad del funcionamiento de la industria, pues ello supondría “aplicar un precepto penal a un caso distinto del expresamente comprendido en él. Si la Administración autorizó temporalmente a la empresa para verter por encima de los niveles máximos de contaminación legalmente permitidos, podrá decirse que los responsables de la empresa continuaron actuando ilegalmente, al solo aparente amparo de una autorización que carecía de respaldo en las leyes y reglamentos protectores del medio ambiente, pero no que actuaron clandestinamente”.

Decimotercero.—En la reciente sentencia núm. 2031/2002, se analiza un supuesto muy similar al aquí enjuiciado, y también se acuerda mantener la condena por el tipo básico, pero estimar el recurso interpuesto contra la apreciación de la agravante de clandestinidad del art. 326.a). La razón de la estimación del recurso de casación consiste en que la inexistencia de las licencias de vertido “no permite la agravación pues documentalmente consta acreditado que la actividad industrial a la que se dedicaba la empresa había presentado un planteamiento de descontaminación gradual y el mismo había sido aprobado por el departamento correspondiente de la Generalidad de Cataluña, lo que supone el conocimiento público de la actividad industrial, e incluso, de la actividad contaminante, extremos no compatibles con la clandestinidad que agrava la conducta”.

Decimocuarto.—Es cierto que existen otras resoluciones que mantienen un criterio diferenciado, pero estimamos que debe reafirmarse el expresado en las últimas sentencias que acabamos de referenciar, por las siguientes razones:

1.º) Es más respetuoso con el sentido literal del precepto, y en consecuencia con el principio de legalidad.

2.º) Es más respetuoso con el principio de proporcionalidad. En efecto el Código Penal de 1995 impone una sustancial elevación punitiva para los subtipos agravados del art. 326, pues la pena mínima de seis meses y un día prevenida en el Código Penal anterior para estos casos se ha convertido en un mínimo de cuatro años de prisión, sin posibilidad de suspensión condicional, por

lo que la pena legalmente establecida para los supuestos agravados solo será proporcional si la apreciación de la agravación se realiza de manera estricta y rigurosa.

3.º) Impide una excesiva expansión del subtipo agravado en detrimento del básico. Si la licencia exigida para excluir la agravación es la específica de cada modalidad de vertido, puede llegar a identificarse esta carencia de autorización específica con la ilegalidad del vertido, corriéndose el riesgo de vulnerar el principio “non bis in idem” al aplicar el subtipo agravado por la misma infracción administrativa que determina la concurrencia del elemento normativo del tipo básico.

Por todo ello, procede, como ya se ha expresado, la estimación del presente motivo.
(...)

Sentencia 1612/2002, Sala de lo Penal del TS, de 1 de abril de 2003

INTRUSISMO.

Art. 403 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón**

SÍNTESIS

Además de otras cuestiones, se ocupa esta sentencia ampliamente del alcance del delito de intrusismo, negando que concurra en la conducta del médico que se atribuye la especialidad de oncólogo sin serlo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vigésimo.—Por último cuestiona la parte recurrente la condena por delito de intru-

sismo. Esta condena se fundamenta en la realización por el condenado de actos propios de la especialidad de oncólogo, de la que carecía. El recurso plantea, en conse-

cuencia la debatida cuestión del delito de intrusismo en el ámbito de las especialidades médicas.

Para el análisis de esta cuestión ha de prescindirse del hecho de que en el caso actual el condenado ha cometido un grave delito contra la salud pública así como un delito de estafa, utilizando en este último, como un elemento más del engaño, la atribución de la cualidad de especialista en oncología, de la que carecía. Dichas conductas ya han sido sancionadas a través de los tipos delictivos expresados.

De lo que se trata ahora es de determinar únicamente si la realización de actos que se consideran propios de una especialidad médica, como en este caso la prevención y el tratamiento del cáncer, por parte del titular de otra especialidad o de quien dispone únicamente del título de Licenciado en Medicina que le habilita para el ejercicio de la profesión de médico con carácter general, debe subsumirse en el tipo delictivo de intrusismo.

Aun cuando la condena impuesta se fundamenta en el Código Penal anterior, el análisis lo efectuaremos desde la perspectiva del actualmente vigente, pues la doctrina que va a establecerse considera atípica estas conductas en el Código Penal actual, y esta atipicidad ha de aplicarse retroactivamente a los hechos cometidos durante la vigencia del Código Penal de 1973, con independencia de la interpretación que pueda hacerse de la anterior regulación.

Vigesimoprimer.—El art. 403 del Código Penal de 1995 dispone que el que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de tres a cinco meses. Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional am-

parada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

Si bien es cierto que quien ejerce la medicina o cualquiera de sus especialidades sin ostentar el título de médico comete un delito de intrusismo, en la acepción más grave del inciso primero, no podemos llegar a la misma conclusión respecto del titulado en medicina que ejerce una especialidad sin titulación especial.

En efecto el inciso primero del precepto resulta inaplicable pues legalmente el título de especialista no es un título académico, ya que esta denominación ha de reservarse para los de Doctor, Licenciado, Diplomado y análogos, que son los reconocidos por la normativa universitaria.

Un sector doctrinal ha estimado procedente aplicar a estos supuestos el inciso segundo, por estimar, acertadamente, que el título de especialista constituye un título oficial.

Pero el tipo requiere en todo caso dos requisitos: a) el ejercicio de actos propios de una profesión, (o el ejercicio de una actividad profesional, que consideramos equivalente); y b) la carencia de título oficial.

Por ello, para determinar la comisión de este delito no basta con apreciar la carencia del título, oficial o académico, sino que es necesario constatar que se realizan actos propios de una profesión (o, si se quiere, que se ejerce una actividad profesional), distinta a aquella para la que el agente se encuentra habilitado.

Y este requisito no concurre en los supuestos enjuiciados, pues no existe en nuestro sistema jurídico una profesión de especialista médico legalmente establecida y regulada, con definición de actos propios y específicos, diferenciada de la actividad profesional del médico. Existe, eso sí, una regulación oficial de las especialidades médicas, a los efectos del Servicio Nacional de Salud fundamentalmente, pero carente de rango legal y sin constitución de una profesión específica que atribuya a los especialistas la exclusividad de determinados actos médicos, y la prohibición de realización de los mismos a

los médicos no especialistas o titulados en otra especialidad, más o menos próxima.

En definitiva, legalmente la única profesión colegiada es la de médico, y no la de especialista, salvando el caso de la odontología que constituye un supuesto específico con regulación legal propia (Ley 10/1986, de 17 de marzo y STS 29-09-1999, núm. 1215/1999).

En consecuencia, no cabe aplicar el inciso segundo del art. 403 a los médicos no especialistas.

Vigesimosegundo.—En la sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 2001, núm. 2066/2001, ya se había avanzado esta posición al señalar que “se ha propuesto una tesis, doctrinalmente minoritaria, que pretende solventar el problema interpretativo destinando este inciso segundo del art. 403 del Código Penal de 1995 a sancionar los supuestos en los cuales, para el ejercicio de una profesión determinada, no basta la titulación académica sino que se precisa una titulación oficial adicional que acredite conocimientos específicos y habilite para dicho ejercicio (así el título de médico especialista respecto del título académico de licenciado en medicina y cirugía).

Esta interpretación resulta sugerente pero en realidad: a) desconoce la génesis legislativa del precepto, b) va más allá del sentido literal de la norma, y c) puede generar una nueva aplicación extensiva “in malam partem” de la intervención penal al amplio mundo de las especialidades profesionales que no parece fuese contemplado por el legislador como destinatario de esta modalidad delictiva. Sin garantizar, por otra parte, que determinadas actividades profesionales, no necesariamente académicas, que inciden en los bienes individuales más relevantes de los ciudadanos, se ejercitan por aquellas personas que poseen reconocidamente los conocimientos necesarios. Descartando en consecuencia esta interpretación...”.

Vigesimotercero.—Profundizando en esta cuestión ha de señalarse que la atipici-

dad de esta conducta no sólo se fundamenta en la interpretación literal, lógica y sistemática de la norma o en los debates legislativos sobre el art. 403 del Código Penal de 1995, sino también en razones de respeto a los principios de legalidad y de seguridad jurídica.

En primer lugar, desde la perspectiva de la legalidad, la norma reguladora de las especialidades médicas no es hábil para complementar el tipo penal de intrusismo por su carencia de rango legal.

Cabe plantearse, en el plano “de lege ferenda” si materialmente existe un interés constitucionalmente relevante que pueda justificar el que se reserve por Ley el ejercicio exclusivo de los actos médicos propios de cada especialidad a quienes hayan obtenido el correspondiente título acreditativo, si dicha reserva debe abarcar todos los actos que entran en el ámbito de cada especialidad o sólo los más relevantes y si realmente es factible establecer una distinción precisa, sin solapamientos, entre la actividad médica de cada una de las especialidades y la de la medicina general, con la seguridad y precisión exigible para la aplicación de una norma penal.

Pero, con independencia de este debate, lo cierto es que dicha restricción de acceso al ejercicio de la profesión en el ámbito de los actos médicos propios de cada especialidad a los demás Licenciados en Medicina y Cirugía, exige una norma con rango formal de ley, pues el art. 36 de la Constitución Española dispone expresamente que será la Ley la que regulará el ejercicio de las profesiones tituladas.

Norma con rango de ley que en el momento actual no existe, pues la regulación del Título de especialista está establecida por el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, en el que se dispone el procedimiento de obtención del referido título. Este Real Decreto es una norma postconstitucional que sin embargo no tiene el rango normativo exigido por la Constitución para reconocerle el alcance de norma reguladora de un amplio elenco de profesiones tituladas. En

consecuencia, la validez de este Real Decreto se limita específicamente a lo que enuncia en su epígrafe (regular la Formación Médica Especializada y la obtención del título de Médico Especialista), pero no constituye una norma hábil para complementar la norma penal reglamentando específicamente nuevas profesiones tituladas.

Vigesimocuarto.—Es cierto que el artículo 1.º del Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, dispone que “el título de Médico Especialista expedido por el Ministerio de Educación y Ciencia, sin perjuicio de las facultades que asisten a los Licenciados en Medicina y Cirugía, será obligatorio para utilizar, de modo expreso, la denominación de Médico Especialista, para ejercer la profesión con este carácter y para ocupar un puesto de trabajo en establecimientos o instituciones públicas o privadas con tal denominación”. Pero esta obligatoriedad no tiene sanción penal pues la norma carece del rango de Ley necesario para complementar en esta materia la norma penal en blanco.

Por otra parte, es fácil observar que este precepto hace expresa reserva de las facultades que asisten a los Licenciados en Medicina y Cirugía, y que no prohíbe en realidad a dichos licenciados el comportamiento específico sancionado en el Código penal como delito de intrusismo (la realización de actos propios de una profesión careciendo de título), sino únicamente utilizar, de modo expreso, la denominación de Médico Especialista, y ejercer la profesión con este carácter, que son comportamientos diferentes del tipo básico de intrusismo definido penalmente.

Vigesimoquinto.—En dicha Ley reguladora de la profesión de especialista sería necesario, además, que se estableciese la exclusividad o exclusión de otros médicos del ámbito profesional de la especialidad, y que en la misma o en sus normas de desarrollo, se definiesen con precisión el elenco de actos propios de cada profesión especializada.

El citado Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, se limita en su contenido a regular

la Formación Médica Especializada y la obtención del título de Médico Especialista, relacionando las especialidades medicas y clasificándolas por grupos según requieran o no formación hospitalaria, pero sin definir en absoluto el elenco de actos médicos propio de cada una de ellas. En consecuencia, tampoco desde el punto de vista material este Real Decreto puede constituir una norma hábil para regular una profesión diferenciada, y por tanto para complementar la norma penal en blanco.

La resolución de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, de 25 de abril de 1996, que desarrolla el citado Real Decreto e incorpora los programas para la formación médica especializada, propuestos por las Comisiones Nacionales de las correspondientes especialidades, ratificados por el Consejo Nacional de Especialidades, informados por el Ministerio de Sanidad y Consumo y aprobados finalmente por el Ministerio de Educación y Ciencia, carece también, obviamente, del rango legal necesario para regular el ejercicio en exclusiva de profesiones tituladas.

Esta resolución, en consecuencia, se limita a aprobar los programas de formación propuestos, que incluyen una definición genérica de la especialidad y de su campo de acción, pero no incluyen una relación de actos propios prohibidos a los demás licenciados en medicina. Concretamente en relación con la oncología médica, especialidad que se reconoció oficialmente en 1978, se establece que “el oncólogo médico debe trabajar como un miembro importante del equipo dedicado al cuidado de los enfermos de cáncer, aportando su experiencia en el manejo médico de la enfermedad”, lo que refleja claramente que no se atribuye a estos especialistas, pese a su notoria relevancia y formación, el tratamiento en exclusiva de los pacientes de cáncer.

Vigesimosexto.—Desde la perspectiva de la seguridad jurídica ha de recordarse que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de los tipos penales en

blanco (SSTC 127/1990, 118/1992, 111/1993, 62/1994, 24/1996, 120/1998 y STS de 8 de febrero de 2000, núm. 1302/2000, entre otras) ha condicionado su validez al cumplimiento de ciertos requisitos entre los que destaca la exigencia de certeza.

Es necesario, en consecuencia, “que se de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada” (SSTC 122/1987, 127/1990 y 120/1998).

Pues bien el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, no puede cubrir dicha exigencia de certeza, pues no define el ámbito de los actos propios de cada especialidad. En el caso ahora enjuiciado no puede deducirse de dicho Real Decreto que tipo de actos médicos relacionados con la prevención y tratamiento de las enfermedades cancerosas son propios o exclusivos de los especialistas en oncología médica u oncología radioterápica, o en su caso cuales podrían realizarse por otros profesionales médicos, como los especialistas en medicina interna o neurocirugía, por ejemplo, o bien por los especialistas en neurología como el acusado o por los médicos en general.

Es claro que la aplicación de una norma penal en un campo tan específico y comple-

jo, en el que los ámbitos de actividad tienden a solaparse, y en el que son abundantes las zonas de competencias compartidas o competidas, exigiría, aún en el dudoso supuesto de que se estimase procedente la intervención penal, una norma legal suficientemente precisa y definitiva para evitar la absoluta inseguridad jurídica y la indefensión del conjunto de los profesionales de la medicina en este ámbito. Norma que no existe e impide, en consecuencia, extender la intervención penal a esta materia.

Vigesimoséptimo.—No quiere ello decir que los casos de abuso manifiesto no deban ser sancionados penalmente, pues pueden dar lugar a la aplicación de otros tipos delictivos, como el delito de estafa que aquí se ha aplicado si se simula la condición de especialista como parte de un montaje engañoso, o la imprudencia profesional, en el supuesto de intervenciones con manifiesta carencia de pericia, de formación o de capacidad.

Pero no procede aplicar el delito de intrusismo a los profesionales de la medicina por actos propios del ejercicio de su profesión, sin perjuicio de la actuación administrativa o colegial que resulte procedente si se vulneran las prohibiciones anteriormente referenciadas en materia de especialidades.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso de casación en este ámbito, dejando sin efecto la condena impuesta por delito de intrusismo.

Sentencia 44/2003, Sala de lo Penal del TS, de 3 de abril de 2003

DELITO FISCAL. PRESCRIPCIÓN.

Art. 131 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón**

SÍNTESIS

Se analizan “in extenso” los argumentos que sirven para ratificar la posición del Tribunal Supremo en el sentido de que la Ley 1/1998, de 26

de febrero, no modifica el plazo de prescripción (cinco años) del delito fiscal (las sentencias citadas en ésta han sido extractadas en los números correspondientes, cronológicamente, de esta Revista de Derecho Penal).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

Según la parte recurrente el plazo de prescripción del delito fiscal ha sido modificado por la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes y es ahora de cuatro años. Señala la parte recurrente que aunque la técnica legislativa sea defectuosa, en realidad nos encontramos ante una derogación parcial y tácita del art. 131 del Código Penal de 1995, cuyo párrafo cuarto debe decir ahora que los restantes delitos graves prescriben a los cinco años “menos el delito fiscal que prescribe a los cuatro”.

Esta derogación tácita del art. 131 del Código Penal se habría operado, según la parte recurrente, en virtud de la incompatibilidad del citado art. 131 del Código Penal de 1995 con el nuevo art. 64 de la Ley General Tributaria, modificado por la referida Ley 1/1998, que dispone que “prescribirán a los 4 años los siguientes derechos y acciones: a) El derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación. b) La acción para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas. c) La acción para imponer sanciones tributarias. d) El derecho a la devolución de ingresos indebidos”.

Quinto.—El motivo debe ser desestimado. La cuestión de si la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los contribuyentes, que ha modificado la redacción del art. 64 de la LGT y ha fijado en cuatro años el plazo de prescripción de determinadas facultades de la Administración, determina también una modificación del plazo de prescripción señalado por el Código Penal

para el delito fiscal ya ha sido resuelta por la jurisprudencia en sentido negativo por sentencias de 26 de julio de 1999, 6 de noviembre de 2000, 10 de octubre de 2001 (ésta con alguna matización “obiter dicta”, que se aparta de la doctrina general), 30 de octubre de 2001, 15 de julio de 2002 y 5 de diciembre de 2002.

La primera sentencia dictada tras la entrada en vigor de la Ley 1/1998 que ya estableció este criterio fue la de 26 de julio de 1999 (núm. 1231/1999). Aún cuando la parte recurrente no utilizó como argumento a favor de la prescripción delictiva la modificación operada en el art. 64 de la LGT, sin embargo, en la forma en que estaba planteado el motivo casacional por prescripción, la cuestión de si el plazo de prescripción del delito fiscal era de cuatro o de cinco años resultaba determinante para su resolución, ya que la querrela por delito fiscal a que se refería el recurso de casación se había interpuesto entre los cuatro y los cinco años de la fecha de consumación delictiva. La Sala, sin entrar a rebatir alegaciones que no se habían formulado expresamente, resolvió sin embargo la pretensión de fondo con precisión y contundencia, afirmando como “ratio decidendi” que “el plazo legalmente previsto para la prescripción de esta clase de delito contra la Hacienda Pública es indudablemente el de cinco años”.

Esta resolución fue desestimada por un sector doctrinal como criterio jurisprudencial, alegando que no había analizado de modo expreso los argumentos favorables a la derogación tácita y parcial del art. 131 del Código Penal por la Ley 1/1998, argumentos que en realidad no se habían planteado por el recurrente. Ha de recordarse, sin embargo, que la “ratio decidendi” de una reso-

lución jurisprudencial es la que fundamenta la estimación o desestimación de las pretensiones de las partes, y no la que se pronuncia acerca de meros argumentos o alegaciones que apoyan una pretensión.

Sexto.—La resolución que consolidó este criterio jurisprudencial, ratificando la doctrina establecida por la sentencia que acabamos de referenciar, fue la sentencia de 6 de noviembre de 2000, núm. 1688/2000. Esta resolución se apoya en la anterior de 26 de julio de 1999 (núm. 1231/1999), cuyo criterio sobre prescripción, se dice expresamente, “procede consolidar”.

El motivo de casación por prescripción planteado en el recurso resuelto por la sentencia de 6 de noviembre de 2000, alegaba que la sentencia recurrida debería haber aplicado la prescripción delictiva, al estimar la parte recurrente que el plazo de prescripción debió empezar a computarse el día de la presentación de la declaración del IRPF, el 18 de junio de 1991, por lo que consideraba que habían transcurrido más de cinco años hasta que el Ministerio Público formuló su querrela, el 20 de junio de 1996.

Con independencia de los criterios sobre determinación del “dies a quo” y el “dies ad quem” para el cómputo de la prescripción, que se establecen en la sentencia de 6 de noviembre de 2000, es evidente que en el caso objeto del recurso el plazo de prescripción se había interrumpido pocos días antes del transcurso de los cinco años, por lo que si esta Sala apreciaba que el plazo de prescripción del delito fiscal se había modificado por aplicación de la Ley 1/1998, siendo ya de cuatro años, el motivo tenía necesariamente que ser estimado.

La resolución del motivo de recurso exigía, en consecuencia, como “ratio decidendi”, la fijación previa del plazo de prescripción (cuatro o cinco años), pues la adopción de uno u otro criterio determinaba necesariamente la decisión a adoptar. Y ello aun que el recurrente no hubiese incluido entre las alegaciones que apoyaban su pretensión los argumentos favorables a la derogación

tácita del art. 131 del Código Penal de 1995 por la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los contribuyentes, pues en la concepción material de la prescripción que se sostiene en nuestra doctrina jurisprudencial, el Tribunal Supremo al resolver el recurso debe aplicar de oficio el plazo de prescripción legalmente procedente aunque no se invoque por la parte recurrente.

Es por ello por lo que la referida sentencia de 6 de noviembre de 2000 señala de modo expreso que “debe examinarse sucintamente la incidencia a efectos de prescripción, de la nueva redacción del art. 64 de la Ley General Tributaria efectuada por la ley 1/1998, de 26 de febrero, en cuanto establece un plazo de prescripción de cuatro años para la acción de la Hacienda Pública dirigida a exigir el pago de las deudas tributarias, pues al integrarse dicha norma tributaria en la norma penal parcialmente en blanco que tipifica el delito fiscal, resulta de aplicación retroactiva —y de oficio (art. 2.2 del Código Penal)— en lo que fuere favorable al reo”.

Pese a la claridad del criterio jurisprudencial, un sector doctrinal y de la práctica forense continuó alegando que esta doctrina no era válida para consolidar el criterio establecido por la sentencia de 26 de julio de 1999 (núm. 1231/1999), porque, a su entender, se había dictado “obiter dicta”, confundiendo las alegaciones o argumentos que apoyan una pretensión con la pretensión en sí misma.

Séptimo.—A diferencia de la sentencia de 26 de julio de 1999, en la de 6 de noviembre de 2000 se examinan expresamente los argumentos manejados en la práctica forense a favor de la derogación tácita del plazo de prescripción del delito fiscal por la nueva redacción del art. 64 de la Ley General Tributaria efectuada por la Ley 1/1998, de 26 de febrero, a fin de evitar que la ausencia de una referencia expresa se utilizase de nuevo como pretexto para la desautorización de la doctrina jurisprudencial, si bien dicho análisis se realiza con concisión pues se trata de

argumentos o alegaciones que la parte recurrente no había expuesto en su recurso.

La Ley 1/1998, de 26 de febrero, no contiene disposición alguna que derogue o modifique de modo expreso el plazo de prescripción del delito fiscal. En consecuencia dicha derogación únicamente podría ser tácita, al estimar los defensores de esta tesis, incluida la parte aquí recurrente, que el establecimiento de plazos más cortos de prescripción de determinadas acciones de la Administración es incompatible con mantener un plazo de prescripción distinto para el delito fiscal.

Para que esta tesis de la incompatibilidad fuese admisible habría que sostener la necesaria equiparación de los plazos de prescripción de los delitos y de las infracciones administrativas correlativas, equiparación que ni se mantiene por la doctrina ni se constata en la práctica legislativa. Por ello la sentencia de 6 de noviembre de 2000 señala sucintamente en esta materia que ha de estimarse que el nuevo art. 64 de la LGT “no modifica el plazo de prescripción del delito fiscal pues nada obsta a que el delito se someta legalmente a plazos de prescripción más largos que la infracción administrativa, en razón de su mayor gravedad”.

Esta misma argumentación es reiterada en sentencias posteriores, como la de 30 de octubre de 2001, núm. 1807/2001, o la más reciente de 5 de diciembre de 2002. Asimismo la STS de 10 de octubre de 2001 señala expresamente que “es de ratificar aquí la independencia de los plazos previstos en los arts. 131 del Código Penal y 64 de la LGT establecida en la STS 6 de noviembre de 2000”.

Es claro que el plazo de prescripción penal de un delito ecológico, por ejemplo, se determina por lo dispuesto en el art. 131 del Código Penal de 1995 y es absolutamente independiente del plazo de prescripción administrativa de la infracción de las disposiciones generales protectoras del medio ambiente que integra el elemento normativo del tipo.

En la sentencia de 5 de diciembre de 2002, núm. 2069/2002, se argumenta que no solamente nada se opone a que el plazo de prescripción señalado al delito sea superior al establecido para la infracción administrativa, sino que además ésto es lo correcto, pues del mismo modo que el plazo de prescripción de los delitos se fija en atención a su gravedad, entre delito e infracción administrativa debe mantenerse el mismo criterio con sus evidentes consecuencias.

Octavo.—En relación con otros argumentos favorables a la fijación en cuatro años del plazo de prescripción del delito fiscal, ha de comenzarse señalando que para su análisis debe distinguirse con claridad el nacimiento de la responsabilidad penal y su extinción. Conforme al art. 15 del Código Penal de 1995 son punibles el delito consumado y la tentativa de delito. En consecuencia para determinar el nacimiento de la responsabilidad penal ha de acudirse al momento en que el delito se consuma, si la responsabilidad se exige por delito consumado, no al momento en que se formula la denuncia o querrela. Es en este momento inicial cuando deben concurrir todos los elementos que determinan la punibilidad.

A partir de ahí surge la responsabilidad penal, y si se sostiene que con posterioridad esta responsabilidad se ha extinguido, ha de acudirse a las causas de extinción de la responsabilidad penal determinadas en el capítulo I del título VII del CP 1995, entre las que se encuentra la prescripción del delito y de la pena. La extinción “a posteriori” de la responsabilidad criminal debe producirse, en principio, a través de alguna de estas causas legales, y si dicha extinción se pretende fundamentar en el transcurso del tiempo se reconduce en todo caso a la prescripción.

Asimismo ha de recordarse que el Legislador ha utilizado la técnica de fijación de un plazo único de prescripción en relación con la gravedad de los tipos delictivos, y no de la naturaleza de los delitos o del bien jurídico protegido. Ello implica que no pueda construirse un sistema excepcional de pres-

cripción para cada figura delictiva, sino que la extinción de la responsabilidad penal en los delitos fiscales habrá de determinarse con las técnicas generales del Derecho Penal. En consecuencia la doctrina que se mantenga sobre la extinción de la responsabilidad penal en estos casos solo puede tener validez si es generalizable al resto de las figuras delictivas reconocidas en nuestro ordenamiento.

Noveno.—Desde esta perspectiva deben rechazarse los argumentos referidos a la atipicidad sobrevenida del delito fiscal por la supuesta prescripción de la deuda. Como se señalaba en la sentencia de 6 de noviembre de 2000, la “tipicidad es un concepto que viene referido al momento en que se realizó la acción u omisión típica, y en dicho momento no cabe duda alguna de la concurrencia de la deuda tributaria y de su elusión en forma típica, por lo que se consumó la actuación delictiva sin que pueda incidir en la tipicidad, ya realizada, una eventual extinción posterior de la deuda tributaria”.

En el momento de realizarse la acción típica el delito quedó consumado, concurriendo todos los elementos exigibles para el nacimiento de la responsabilidad penal. A partir de ahí la extinción de la responsabilidad penal se producirá por las causas legalmente establecidas, sin que el plazo de prescripción de las obligaciones civiles o fiscales determine el plazo de extinción de la responsabilidad penal.

Es claro que el plazo de prescripción del delito de apropiación indebida, por ejemplo, se determina por lo establecido en el art. 131 del Código Penal de 1995, y no por el plazo de prescripción civil del negocio jurídico del cual derive la obligación de entregar o devolver lo recibido (STS 15 de julio de 2002).

Décimo.—La sentencia de 15 de julio de 2002 amplía esta argumentación, exponiendo las razones por lo que esta tesis de la extinción de la responsabilidad penal por

delito fiscal a los cuatro años no puede ser acogida.

La primera, “de carácter formal, es que la prescripción de los delitos es materia que regula el Código Penal, que no fue modificado al aprobarse la Ley 1/1998; y que la obviedad de la divergencia que introducía en el tratamiento de las dos dimensiones —fiscal y penal— del asunto impide pensar en un posible descuido del legislador. A esto debe añadirse que la convivencia de ambas regulaciones no plantea ninguna antinomia de orden legal y tampoco una contradicción en el plano de los principios, que, de darse, serían intolerables desde el punto de vista de la necesaria coherencia del ordenamiento. Por lo demás, no es el único caso de divergencia en el tratamiento penal y extrapenal de la prescripción. Así, es un ejemplo entre otros que podrían aducirse, cabe pensar en el caso de un administrador que hubiera hecho suyas las rentas que tendría que abonar a su principal, quien, imposibilitado para reclamarlas pasados cinco años, en razón de la prescripción (art. 1966 del CC), podría, no obstante, denunciar la apropiación indebida e, incluso, obtener el resarcimiento en vía criminal (con apoyo en las previsiones de los arts. 252, 249, 250 y 131 del CP).

En segundo término, es preciso afirmar que existe una perfecta compatibilidad, desde la perspectiva del bien jurídico, entre la opción representada por la renuncia estatal a investigar y perseguir los incumplimientos de índole tributaria una vez transcurridos cuatro años, y la decisión de mantener operativa la respuesta penal más allá de ese plazo.

En efecto, la primera puede explicarse muy bien en virtud de criterios meramente pragmáticos, de logística recaudatoria, es decir, de rentabilidad exclusivamente económica, como el representado por la necesidad de optimizar los limitados recursos de la Administración tributaria, concentrando su uso en un determinado lapso de tiempo. En tanto que la segunda trae su justificación de la necesidad de conferir un plus de protección a los importantes valores constitucio-

nales en juego en la materia, cuya proyección no se agota sino que trasciende la significación estrictamente dineraria del tributo. En efecto, lo que da fundamento a la imposición de las obligaciones fiscales es el principio de solidaridad en la contribución al sostenimiento de las cargas públicas (art. 31.1 de la CE) —estrechamente conectado a los de igualdad y justicia (TC SS 27/1981, 19/1987 y 46/2000)—, de cuya efectividad depende la dimensión “social” del Estado que proclama la Constitución (art. 1); es decir, todo el conjunto de prestaciones, necesarias para hacer frente a apremiantes necesidades sociales. De ahí que la materialización de esa relevante dimensión estatal resulte gravísimamente obstaculizada por conductas tan lesivas para los intereses comunes y de tan profunda significación antisocial como las que son objeto de persecución en esta causa.

De este modo, producida la prescripción de la deuda tributaria, de ella no se sigue en absoluto como efecto necesario la automática desaparición de todo bien jurídico merecedor de tutela. Y, así, la asimilación del uno al otro de los dos plazos en presencia, no está jurídicamente impuesta por ninguna norma, sino que, por el contrario, resulta impedida por el vigente régimen legal diferenciado, que cuenta, además, con el alto fundamento que se ha dicho. Y tampoco puede argumentarse con la atipicidad de la acción, puesto que la realización de la conducta típica con toda su eficacia ofensiva en los dos aludidos planos, ya se habría producido en el último momento hábil para realizar el pago del tributo (TS SS 26 de julio de 1999 y 6 de noviembre de 2000).

En fin, lo razonado hace que no pueda compartirse la afirmación de que hay algo de absurdo en la persecución de un delito si la condena no lleva asociada la exigencia de responsabilidad civil. Primero, porque, como se ha dicho, la persecución en sí misma tiene pleno sentido, cuando se trata de dar tutela a valores esenciales para una adecuada realización del modelo constitucional de Estado, y de prevenir las conductas grave-

mente atentatorias contra ellos, mediante el mantenimiento de la amenaza penal. Y, en segundo término, porque no hay razón para que la prescripción en el ámbito fiscal, aparte de paralizar la actividad administrativa propia de ese ámbito, haya de significar también necesariamente la inhibición de una iniciativa judicial en marcha, institucionalmente autónoma y que cuente con sus propios recursos investigadores. En definitiva, por lo expuesto y conforme a un criterio que tiene expresión en sentencias de esta Sala como la de 6 de noviembre de 2000, y las de 10 y 30 de octubre de 2001, el motivo debe desestimarse”. (STS 7 de julio de 2002).

Undécimo.—Un tercer argumento utilizado para sostener la extinción de la responsabilidad penal por el plazo de cuatro años es el de la aplicación analógica de la regularización fiscal. Se alega que el pago espontáneo fuera de plazo antes de la notificación del inicio de actuaciones de comprobación por la Administración Tributaria, o antes de la querrela o denuncia caso de que tales actuaciones no se hayan producido, da lugar a la exención de la responsabilidad penal (art. 305.4 del CP de 1995), por lo que, por analogía, el transcurso del plazo de prescripción de la obligación tributaria antes del inicio de las actuaciones penales debe conducir al mismo resultado.

A este tercer argumento también se respondía sucintamente en la sentencia de 6 de noviembre de 2000, señalando que “tampoco cabría considerar la aplicación analógica de la excusa absolutoria de regularización tributaria, pues la aplicación de una norma por analogía requiere que concorra identidad de razón (art. 4.1 del Código Civil) y es claro que las razones de utilidad que subyacen en la excusa absolutoria de regularización tributaria —el favorecimiento o promoción del pago voluntario— no concurren cuando la extinción del crédito tributario se produce por causas ajenas al contribuyente”.

Duodécimo.—La sentencia de 15 de julio de 2002 amplía esta argumentación, expresando que “La propuesta del recurrente

es, pues, que la prescripción de la obligación tributaria tiene encaje en la excusa absoluta de regularización. Sin embargo, entre las correspondientes situaciones no se da la relación de analogía que se postula como presupuesto de semejante modo de argumentar. Regularizar es convertir en regular, poner en orden. Tratándose de una deuda, de una obligación incumplida, poner en orden significa pagar, cumplir. Implica un comportamiento espontáneo, activo, positivo, por parte del deudor, que asume no sólo su incumplimiento previo, sino los recargos que normalmente gravan una situación como la provocada por su actitud. Tal es la razón por la que el ordenamiento decide asimilar esa conducta a la del que hubiera satisfecho la deuda tributaria dentro de plazo. Porque en ambas se dan dos básicos puntos de coincidencia, a saber, que es el sujeto deudor el que toma la iniciativa; y que la Administración tributaria, en uno y otro caso, al fin, no resulta perjudicada, puesto que ingresa lo que le era debido según la ley.

La extensión analógica de una norma presupone la previa identificación de su ratio, es decir, de la causa o motivo por el que la misma fue establecida. Como se sabe, para hacer uso de este recurso interpretativo, es necesario remontarse al principio que da fundamento a la norma, para, una vez identificado éste, comprobar si su aplicación viene reclamada por la similitud esencial de las situaciones, es decir, por el hecho de que la específicamente tomada en consideración y regulada por el Legislador guarde una relación de semejanza —se habla de argumento a simili— con la que ahora reclama la atención del que juzga.

Pues bien, es el mismo Legislador el que, en la exposición de motivos de la ley que introdujo la excusa absoluta en el CP anterior (la LO 6/1995), ilustró acerca del porqué de haber obrado de este modo. Y lo hizo poniendo el énfasis en el dato significativo de que lo realmente buscado fue sustraer a la responsabilidad penal a los contribuyentes que, tras de haber incurrido en irregularidad, hubieran decidido espontáneamente sa-

lir de ella, haciendo frente de manera efectiva a sus obligaciones y a la consecuencia del incumplimiento de éstas. Tal es el elemento de principio a tomar en consideración: la concurrencia de una conducta que —aunque tardía— guarda una relación de equivalencia práctica con el pago tempestivo del impuesto.

Por tanto, nada que ver entre la actitud positiva frente al fisco y la consiguiente posición de retorno al marco legal de los sujetos primeramente aludidos y la de quienes perseveran obstinadamente en la ilegalidad, beneficiándose de ello. Así, pues, al no ser parangonables las situaciones de partida en uno y otro caso, tampoco tendría por qué serlo la respuesta del legislador y de la ley. La consecuencia, es, por tanto que una deuda prescrita no es una deuda regularizada. Y el motivo debe ser desestimado”.

Decimotercero.—Un cuarto argumento utilizado es el de la quiebra de la unidad del ordenamiento jurídico, aunque se trata en realidad de una reiteración del primero. En la sentencia de 6 de noviembre del 2000 ya se expresaba que no se producía tal quiebra pues “nada obsta a que el delito se someta legalmente a plazos de prescripción más largos que la infracción administrativa”.

En la sentencia núm. 2069/2002, de 5 de diciembre, se amplía esta argumentación expresando que: “La unidad del ordenamiento jurídico no resulta así afectada en modo alguno en cuanto se mantiene dentro del mismo la necesaria proporcionalidad y coherencia entre las reacciones correspondientes a las conductas constitutivas de delito y a las que solamente alcanzan el nivel de infracción administrativa, lo que se manifiesta no sólo en la entidad de las sanciones, sino también en los plazos necesarios para que opere la prescripción. Sobre la base de la afirmación de la unidad del ordenamiento jurídico y del principio de intervención mínima del derecho penal, se plantea por el recurrente la situación indeseable que se generaría ante la existencia de dos plazos de exigibilidad de una misma deuda, según se

contemple en vía administrativa o en vía penal. En realidad no se trata de dos plazos diferentes para una misma deuda. Aunque la naturaleza de la deuda sea la misma, pues en todo caso es una deuda tributaria, ya con anterioridad a la Ley 1/1998, el régimen de las deudas tributarias superiores a determinadas cantidades (diferentes en atención a las fechas y a la norma penal vigente) difería del correspondiente a las demás, en los casos en los que se apreciara una elusión del pago del tributo, pues en el primer caso la investigación, la determinación de la cuota y la sanción, e incluso, según la corriente mayoritaria, la indemnización, correspondía a los Tribunales de Justicia, mientras que en los demás se dejaban en manos de la Administración, sin perjuicio de los correspondientes recursos en la vía contencioso administrativa. La situación no ha variado, aunque se hayan reducido los plazos para la actuación de la Administración. La exigencia de las cuotas defraudadas en los casos en los que el hecho constituye delito sólo puede hacerse tras su determinación en el proceso penal, sea cual sea la tesis que se acepte en cuanto a la naturaleza del delito fiscal como delito de resultado y en cuanto a la procedencia de acordar la indemnización correspondiente en la sentencia condenatoria.

Alega el recurrente que la existencia de dos plazos para la prescripción supondría la imposibilidad de regularizar una vez transcurrido el cuarto año. Hemos de decir, en primer lugar, que el establecimiento de plazos preclusivos para la eficacia de determinadas actuaciones en relación a la punibilidad de una conducta no es contrario a la coherencia del ordenamiento jurídico. De hecho, la regularización no opera desde el momento en que se producen determinados acontecimientos que en la actualidad se describen en el art. 305.4 del Código Penal. Algunas atenuantes *ex post facto*, como la 5.^a del artículo 21 del Código Penal, de reparación del daño, contienen en su regulación límites temporales a la eficacia de la conducta que contemplan. Por otro lado, la

prescripción de las deudas tributarias se regula de manera indirecta mediante el señalamiento de plazos de prescripción de las acciones existentes para proceder a su liquidación y a exigir su pago, por lo que el examen de la subsistencia de una determinada deuda no puede hacerse directamente mediante el análisis de la propia deuda, sino a través de la comprobación del plazo de prescripción de la acción para determinarla y obtener su pago. Y es evidente que cuando se trata de conductas delictivas constitutivas de delito fiscal, la acción para exigir el pago de la deuda se vincula a la acción para exigir la responsabilidad por el delito, la cual es, y debe ser, autónoma respecto a la existente para exigir la pertinente responsabilidad por infracción administrativa. Y esta autonomía no resulta afectada por los plazos que se establezcan legalmente respecto a facultades y acciones que corresponden a la Administración. De otro lado, aún cuando no se aceptara el anterior punto de partida, no es pacífica en la doctrina la opinión acerca de la imposibilidad de renunciar expresamente a la prescripción ganada en materia tributaria, lo que en estos casos encontraría una justificación añadida en los efectos beneficiosos, especialmente para el contribuyente, que la regularización produciría en el ámbito penal. Por otro lado, no parece lógico excluir el delito fiscal de las posibilidades de atenuación contempladas en el artículo 21.5.^a antes citado impidiendo al acusado reparar el daño antes del juicio oral.

Por otra parte, la desaparición de la deuda con posterioridad a los hechos típicos no supone la desaparición del delito. La regularización produce sus efectos cuanto tiene lugar antes de determinados sucesos. Con posterioridad a los mismos, el pago a la Hacienda Pública de la cantidad solicitada ante el Tribunal como indemnización, la cuota tributaria, supondría la extinción de la deuda sin afectar en nada al delito fiscal, consumado en el momento de la elusión”.

Decimocuarto.—Un quinto argumento para sostener la extinción de la responsabili-

dad penal por delito fiscal a los cuatro años es el de la atipicidad sobrevenida por desaparición del bien jurídico, aunque se trata en realidad de una diferente versión del segundo argumento ya analizado.

En la sentencia núm. 2069/2002, de 5 de diciembre, se desestima esta argumentación expresando que: “La presencia de un bien jurídico digno de protección es elemento imprescindible, al menos en el sentir de la doctrina mayoritaria, para la justificación de la existencia del delito. Se sostiene que su desaparición conduciría a la falta de tipicidad de la conducta. Desde este punto de vista, se afirma que si transcurren cuatro años sin que la Administración actúe, su interés en el cobro de la cuota defraudada desaparece, lo que provoca la desaparición del bien jurídico, sin el cual no es posible sostener la existencia del delito.

Ya hemos dicho más arriba que las facultades y acciones a las que se refieren los artículos 64 de la LGT y 24 de la Ley 1/1998, son sólo las que corresponden a la Administración, y que no pueden afectar al plazo de la prescripción de los delitos. De esta forma quedaría subsistente el bien jurídico cuando el ataque al mismo tuviera unas proporciones determinadas (por la ley). Sin perjuicio de esto, y dejando a un lado que las tesis relativas a la necesidad de un bien jurídico son actualmente cuestionadas, lo cierto es que la jurisprudencia ha rechazado la atipicidad de la conducta como consecuencia de una eventual prescripción de la deuda tributaria, pues la tipicidad es un concepto que viene referida al momento en que se realizó la acción u omisión, y en dicho momento no cabe duda alguna de la existencia de la deuda tributaria y de su elusión en forma típica, por lo que se consumó la actuación delictiva sin que pueda incidir en la tipicidad, ya realizada, una eventual extinción posterior de la deuda tributaria (STS n.º 1688/2000, de 6 de noviembre).

De esta forma, la comprobación respecto de la existencia del bien jurídico protegido por el tipo debe referirse al momento de la comisión del hecho, entre otras cosas por

que la consumación de algunos delitos supone la desaparición del mismo bien jurídico que se pretendía proteger. No puede equipararse la desaparición del bien jurídico con posterioridad a la ejecución del hecho a los supuestos de despenalización de la conducta debido a una distinta consideración acerca de la intensidad de la respuesta ante el ataque al bien jurídico que antes se protegía con un determinado tipo delictivo, o incluso, a la no consideración de ese bien jurídico como acreedor de protección”.

Es claro que la existencia del bien jurídico protegido por el tipo debe referirse al momento de la comisión del hecho, que es cuando surge la responsabilidad penal, y no es indispensable su subsistencia en el momento de iniciarse el procedimiento, pues de otro modo nunca podrían perseguirse los delitos de homicidio.

En cualquier caso, la extinción de determinadas acciones o facultades de la Administración no equivale a la extinción del bien jurídico tutelado por el delito fiscal.

Decimoquinto.—Por último en lo que se refiere a la calificación del plazo de cuatro años como un término para cumplimentar la liquidación provisional del impuesto por parte de la Administración Tributaria, considerando que la liquidación administrativa en dicho plazo constituye un presupuesto de procedibilidad para la persecución del delito fiscal, ha de señalarse:

1.º) La norma penal reguladora del delito fiscal no contiene en la actualidad presupuesto de procedibilidad alguno de carácter administrativo-tributario, como sucedía con anterioridad a la reforma de 1985, y no procede rehabilitar esta especie de “prejudicialidad” administrativa por vía jurisprudencial cuando ha sido suprimida por el propio Legislador.

2.º) La liquidación no es competencia de la Administración Tributaria en los casos de delito fiscal, pues conforme a lo prevenido en el art. 77.6.º de la LGT, “En los supuestos en que la Administración Tributaria estime que las infracciones pudieran ser

constitutivas de los delitos contra la Hacienda Pública, pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo mientras la Autoridad judicial no dicte sentencia firme”. En consecuencia, en los supuestos de delito fiscal la liquidación no se realiza por la Administración Tributaria sino por el propio Tribunal Penal, por lo que carece de sentido exigir como presupuesto procesal para la persecución penal de un delito fiscal que la Administración Tributaria haya practicado la liquidación de la deuda en el plazo de cuatro años.

3.º) Considerar la liquidación provisional del impuesto como un presupuesto de procedibilidad para la iniciación de un proceso por delito fiscal constituye, con independencia del plazo, una interpretación “contra legem” del art. 77.6.º de la LGT que únicamente exige que la Administración Tributaria estime que una determinada infracción “pudiera ser constitutiva de un delito contra la Hacienda Pública” para deducir el tanto de culpa, no exigiendo por tanto la liquidación provisional.

4.º) Esta tesis se encuentra también en contradicción con lo establecido por el Legislador en el art. 305 del Código Penal de 1995, pues no puede calificarse de condición objetiva de procedibilidad para la persecución del delito fiscal que la Administración Tributaria haya liquidado, aunque fuese provisionalmente, la deuda fiscal, cuando de modo expreso se prevé en el párrafo cuarto del precepto que el Ministerio Público o a la Abogacía del Estado puedan formular querrela o denuncia por delito fiscal incluso cuando no se hubiese producido actuación de comprobación alguna por parte de la Administración Tributaria “tendente a la determinación de la deuda tributaria”.

5.º) Por último este supuesto requisito de procedibilidad administrativo-tributario no haría más que generar nuevas discordancias entre la prescripción administrativa y la penal, que son distintas, pues no toma en consideración las causas de interrupción de

los plazos administrativos de prescripción prevenidas en el art. 66.1.º de la LGT.

Como señala la sentencia de 5 de diciembre de 2002 (núm. 2069/2002), en relación con la deducción del tanto de culpa por la Administración, “Desde ese momento, queda interrumpida la actuación propia de la Administración, y la actuación subsiguiente es responsabilidad de los Tribunales penales. Como consecuencia de ello, la determinación de la deuda no puede ya llevarse a cabo por la Administración mediante la oportuna liquidación, sino que habrá de realizarse en el proceso penal, ajustándose a las reglas tributarias, pero siempre de conformidad con las reglas de valoración de la prueba propias de esta clase de proceso. La eventual existencia de una liquidación ya efectuada formalmente por la Administración tributaria, al incorporarse al proceso penal por delito fiscal no será otra cosa que una prueba más, sin duda atendible, pero en todo caso sometida al pertinente debate entre las partes, y a la posterior valoración por el Tribunal. La Administración no podrá proceder a exigir el pago del tributo mediante el ejercicio de las facultades de autotutela que le reconoce la ley, debiendo limitarse a efectuar ante el Tribunal las peticiones que considere pertinentes a su derecho. Y tampoco podrá imponer sanción alguna por la conducta delictiva, pues las que correspondan se impondrán como penas por el Tribunal en la sentencia que en su día se dicte”. (STS de 5 de diciembre de 2002, y en el mismo sentido STS de 30 de octubre de 2001).

Decimosexto.—Procede, por todo ello, ratificar la doctrina establecida en las sentencias de 26 de julio de 1999, 6 de noviembre de 2000, 30 de octubre de 2001, 15 de julio de 2002 y 5 de diciembre de 2002, en los términos finalmente precisados en esta última. En consecuencia el plazo de prescripción del delito definido en el art. 305 del Código Penal vigente (art. 349 del Código Penal anterior) es el de cinco años.

Sentencia 577/2003, Sala de lo Penal del TS, de 14 de abril de 2003

INCONGRUENCIA OMISIVA.

Art. 851.3.º LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo**

SÍNTESIS

Doctrina general sobre la incongruencia omisiva, vicio procesal constatado en el caso de autos (falta de respuesta sobre una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal) produciendo su devolución al Tribunal de Instancia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) hemos dicho muchas veces que la llamada “incongruencia omisiva” o “fallo corto” constituye un “vicio in iudicando” que tiene como esencia la vulneración por parte del Tribunal del deber de atendimiento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte —integrado en el de tutela judicial efectiva— a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (Sentencias del Tribunal Constitucional 192/1987, de 23 de junio, 8/1998, de 22 de enero y 108/1990, de 7 de junio, entre otras, y de esta Sala Segunda de 2 de noviembre de 1990, 19 de octubre de 1992 y 3 de octubre de 1997, entre otras muchas). La doctrina jurisprudencial estima que son condiciones necesarias para la casación de una sentencia por la apreciación de este “vicio in iudicando”, las siguientes: 1) que la omisión o silencio verse sobre cuestiones jurídicas y no sobre extremos de hecho; 2) que las pretensiones

ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno; 3) Que se traten de pretensiones en sentido propio y no de meras alegaciones que apoyan una pretensión; 4) que no consten resueltas en la sentencia, ya de modo directo o expreso, ya de modo indirecto o implícito, siendo admisible este último únicamente cuando la decisión se deduzca manifiestamente de la resolución adoptada respecto de una pretensión incompatible, siempre que el conjunto de la resolución permita conocer sin dificultad la motivación de la decisión implícita, pues en todo caso ha de mantenerse el imperativo de la razonabilidad de la resolución (S.T.S. 771/1996, de 5 de febrero, 263/1996, de 25 de marzo o 893/1997, de 20 de junio).

Hemos declarado también la diferencia existente entre las alegaciones o argumentaciones aducidas por las partes para sustentar las pretensiones que se formulan, y las pretensiones propiamente dichas (véanse SS.T.C. 95/1990, 128/1992, 169/1994, 9/1995, 143/1995 y 58/1996), subrayando que respecto a las primeras, no sería necesario para la satisfacción del derecho a la tute-

la judicial efectiva una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Más rigurosa es la exigencia de congruencia respecto a las pretensiones, siendo necesario para poder apreciar una respuesta tácita —y no una mera omisión— que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundamentales de la respuesta tácita.

Por otra parte —desde la STC 20/1982—, se ha venido declarando que el vicio de incongruencia supone un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, siendo así que cuando esa desviación “es de tal naturaleza que supone una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción y por ende del fundamental derecho de la defensa” (f.j. 1º).

En otro orden de cosas y en relación a las resoluciones tácitas a que nos hemos referido anteriormente, cabe señalar que, como recuerdan, entre otras, las sentencias de esta Sala de 8-4 y 27-4-1996, el Tribunal en reiterados precedentes jurisprudenciales (SS.TS., entre otras, de 17 de junio de 1988, 1 de junio de 1990, 3 de octubre de 1992, 660/1994, de 28 de marzo, y 649/1995, de 12 de mayo) ha venido estableciendo que, a la luz de la norma contenida en el artículo 120.3 de la Constitución, debe aplicarse con absoluta cautela la antigua doctrina jurisprudencial acerca de la denominada desestimación implícita, a no ser que exista un específico pronunciamiento resolutorio de cuestiones contrarias y absolutamente incompatibles con la cuestión omitida o excluyente de ésta, lo que no ocurre en el presente caso.

De esta suerte queda excluida toda posibilidad de enmendar el vicio procesal que se denuncia por la vía de la decisión tácita como expediente constitucionalmente admitido (Sent. T.C. 169/1994, 91/1995 y 143/1995, entre otras) para satisfacer las exigencias del Derecho a la Tutela Judicial efectiva, pues, trascendiendo de las meras alegaciones, —sobre las cuales no parece exigirse una contestación judicial explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, siendo suficiente con una respuesta global genérica (según los términos que utiliza la Sentencia del T.C. de 15-4-1996), el examen integral de la resolución combatida y, específicamente, el de sus antecedentes de hecho, fundamentos jurídicos y parte dispositiva, nos demuestra que estamos en presencia de auténticas pretensiones incontestadas al no existir en la sentencia razonamiento alguno que permita entender que el silencio judicial sobre tan importante extremo pueda interpretarse como desestimación implícita del mismo.

De hecho, y en rigor, la Sala de instancia ha eludido realmente entrar a conocer y decidir el problema suscitado en torno a las circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad planteadas, vulnerando así el rango constitucional que —a virtud de lo dispuesto en el art. 24.1.º de la C.E.— adquiere la incongruencia omisiva y, a la vez, incumpliendo también el deber de motivación de las resoluciones judiciales proclamado en el art. 120.3.º de la C.E. Motivación que ofrece una doble vertiente, una de índole fáctica, tras la apreciación y valoración de las pruebas obrantes en la causa, ya directas, ya indiciarias, aportando a las conclusiones los razonamientos que han llevado a su confección; y, sobre todo, una vertiente jurídica, componente esencial y necesario de las decisiones judiciales, cuya justificación y trascendencia ha quedado expuesta.

En definitiva, la apreciación o no de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal es una cuestión estrictamente jurídica y, en el caso, ésta cuestión fue susci-

tada en un momento procesalmente oportuno cual es el trámite de conclusiones definitivas. Se daban, pues, todos los requisitos que la jurisprudencia exige para que un punto que ha sido objeto de debate encuentre en el Tribunal de instancia una respuesta razonada, cualquiera que sea su sentido y no el silencio que ha recibido el recurrente. Sin que sea posible, por otra parte, de acuerdo con la doctrina elaborada por esta Sala en obligado respeto al derecho a la tutela judicial efectiva que a todos reconoce el art. 24.2 de la CE, entender que la falta de respuesta a la mencionada cuestión equivalga a una desestimación implícita de la solicitud (STS de 6 de julio de 2001).

Así las cosas cabe concluir afirmando que el grave defecto de forma en que incurre la sentencia que ahora se recurre no puede tampoco ser remediado en este trance de casación a través del expediente de subsanación de tal irregularidad algunas veces utilizado por esta Sala. En primer lugar, porque esta excepcional posibilidad solamente cabe en aquellos supuestos en los que, junto al motivo por quebrantamiento de forma, el recurrente formula otro motivo de fondo que postula la aplicación de la norma omitida en la instancia, lo cual permitiría a este Tribunal de casación resolver aquello que el Tribunal “a quo” dejó sin respuesta, lo que en el caso presente no acaece a tenor de los

restantes motivos casacionales formulados (véase STS de 7 de abril de 1997). Y, en segundo término, y a mayor abundamiento, porque al suplir esta Sala al Tribunal de instancia en su función de resolver sobre la concurrencia o no de la eximente o atenuante solicitada sin posibilidad de recurrir el pronunciamiento, estaría privando al recurrente de la doble oportunidad de alcanzar su objetivo si la respuesta que diera la Sala “a quo” no le fuera satisfactoria impugnando la misma ante este Tribunal.

Por todo lo cual resulta procedente estimar el motivo, lo que, según lo establecido en el art. 901.bis.a) de la L.E.Cr., exime del examen y resolución de los restantes motivos casacionales debiendo devolverse la causa al Tribunal de instancia para que, la Sala “a quo” integrada por los mismos Magistrados y como prescribe el art. 901.bis.a) de la L.E.Cr., reponga aquélla al estado que tenía cuando se cometió la falta, la sustancie y termine con arreglo a derecho, salvando el defecto de razonamiento respecto a todas las circunstancias atenuantes alegadas y matizando y explicitando, en su caso, la individualización de las penas impuestas al acusado. Solución que se adopta de conformidad con una reiterada praxis jurisprudencial de la que son exponentes, por todas, las SS.T.S. de 21 de septiembre y 30 de octubre de 1998 y 21 de junio de 1999.

Sentencia 581/2003, Sala de lo Penal del TS, de 21 de abril de 2003

VEREDICTO DEL JURADO.

Arts. 61 LOTJ; 846 bis f) LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín**

SÍNTESIS

La estimación de la apelación por el Tribunal Superior de Justicia a causa de la falta de motivación del veredicto del Jurado, no conduce necesariamente a la devolución de la causa a la Audiencia para que tras un nuevo juicio se dicte resolución debidamente motivada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) se denuncia por las Acusaciones Particulares la imposibilidad de modificación, por el Tribunal Superior, de la referida calificación de los hechos, cuando, lo procedente, hubiera sido la anulación de la Sentencia apelada y su devolución a la Audiencia para que tras el oportuno Juicio se produjera nueva Resolución, debidamente motivada.

En este punto, la Sentencia de Apelación incorpora expresamente, en el último párrafo del Octavo de sus Fundamentos Jurídicos, los argumentos que, a criterio de los Jueces “a quibus”, hacen que, contra lo que en principio parecería correcto, es decir, la referida anulación de la Resolución del Jurado, se haya tenido por más adecuada la rectificación directa del contenido de aquella, toda vez que, como se nos dice, en el caso presente “... se reconoce y admite por propia manifestación del acusado en la alzada sin ambages que dio muerte a Víctor y por tanto que es autor de un delito de homicidio del artículo 138 del Código Penal, no procediendo por esta precisión a la nulidad del proceso”.

Una tal explicación, acertada en nuestra opinión en la conclusión que alcanza, se muestra, sin embargo, insuficiente en su formulación y requiere aquí de complemento.

En efecto, la razón esencial por la que resulta correcta la decisión viene más bien dada por la circunstancia de que, una vez que no se prevé expresamente en la propia Ley rectora del procedimiento, como causa de devolución al Jurado, por el Magistrado-Presidente, del acta del Veredicto que carezca de suficiente motivación (vid. art. 63 de la LOTJ) y planteada esa falta de motivación, alegada por el condenado y directamente relacionada con otro motivo de Apelación, que se asienta en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, implí-

citamente admitida por el Tribunal Superior, no por la ausencia de pruebas pero sí ante la inexistencia de razonabilidad en el discurrir lógico del Juzgador, a la que ya nos referimos anteriormente, la conclusión no puede ser otra que la desestimación de las tesis acusadoras en relación con la concurrencia de la alevosía, evitando, de otra parte, el sometimiento a nuevo juicio de quien ya admitió su culpabilidad en relación con el Homicidio.

Pues no olvidemos, que en el caso de los enjuiciamientos llevados a cabo por el Tribunal del Jurado, no se trata, en supuestos como el que nos ocupa, de una anulación de Sentencia que conlleve la devolución al mismo Tribunal que inicialmente confeccionó la defectuosa para que subsane sus deficiencias, sino que conduce, obligadamente, a la repetición completa del Juicio, de acuerdo con lo previsto en el párrafo primero del artículo 846 bis.f) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal “in fine” (introducido por la LOTJ), en el que el pronunciamiento final podría discrepar radicalmente del que se pretende, inicialmente, que obtenga adecuada fundamentación.

Con lo que cuando, como aquí acontece, eliminado el concreto extremo carente de adecuada motivación, el condenado acepta el resto de pronunciamientos que le incriminan, los riesgos de la celebración de nuevo Juicio, bien en sentido más favorable para el reo o, por el contrario y es lo más relevante, de futuro pronunciamiento más gravoso para él, respecto de extremos ajenos a la específica causa de nulidad por defectuosa fundamentación (como sería, por ejemplo, la negación de circunstancias atenuantes ya admitidas por el anterior Jurado), hacen necesario y más ajustado a Derecho el mantenimiento de lo resuelto en el Juicio ya celebrado, con la sola exclusión de lo carente de fundamento válido.

Sentencia 498/2003, Sala de lo Penal del TS, de 24 de abril de 2003

PRUEBA ILÍCITA: LÍMITES PARA LA PROYECCIÓN DEL EFECTO REFLEJO.

Art. 11.1 LOPJ

Ponente: **Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García**

SÍNTESIS

Se precisan en esta sentencia los requisitos para que pueda considerarse existente la conexión de antijuridicidad entre una prueba ilícita y la posterior confesión judicial del acusado. Se matizan, de este modo, los amplios términos con que la Sala ha interpretado el ámbito de expansión del efecto reflejo de la prueba ilícita en la Sentencia 28/2003, de 17 de enero (reproducida en el n.º 9 de la Revista de Derecho Penal).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

La cuestión a decidir es la de determinar si estas manifestaciones que tienen el claro sentido de una confesión inculpativa en los términos expuestos pueden o no estimarse como una prueba de cargo, autónoma, y por tanto, desconectada de la nulidad de la intervención telefónica, y no afectada de conexión de antijuridicidad en la usual terminología empleada por el Tribunal Constitucional, o por el contrario deben concebirse como prueba derivada de la inicial prueba declarada nula.

Existe una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional que tiende a diferenciar entre las pruebas originales nulas así como las derivadas de estas ya directa o indirectamente, de acuerdo con lo prevenido en el art. 11.1 de la LOPJ, de aquellas otras independientes y autónomas de la prueba nula y ello porque si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden apa-

recer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho natural, deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación, tendente a establecer el hecho en el que se produjo la prueba prohibida, como sería el supuesto de nulidad de unas intervenciones telefónicas, no se extendería a los conocimientos policiales exclusivamente obtenidos a través de vigilancias estáticas y seguimientos acordados al margen de aquella intervención, o bien, en aquellos casos en los que no se de la llamada conexión de antijuridicidad entre la prueba prohibida y la derivada, de suerte que si las pruebas inculpativas —en palabras de la STC 161/1999, de 27 de septiembre “... tuvieran una causa real diferente y totalmente ajena (a la vulneración del derecho fundamental), su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería... indiscutible...”.

En definitiva, la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia, tratando de concretar en el ámbito de expansión de los efectos indirectos de la prueba prohibida establece que es la causalidad jurídica entre la prueba prohibida y la derivada, la determinante de la nulidad de esta, y no la mera causalidad material o natural, de suerte que, siguiendo con la sentencia antes citada, el argumento de que de no haberse registrado la vivienda, no se habría encontrado la droga y de no haberse encontrado esta, no se le habría recibido declaración al que luego resulta condenado por haber reconocido que la droga era suya, no es aceptado por el Tribunal Constitucional para extender los efectos de la prueba nula a tal declaración "... este argumento es insuficiente en términos jurídicos...", concluye refiriéndose a las SSTC 81/1998, 49/1999, 94/1999 y 134/1999 en el mismo sentido.

(...)

En definitiva, puede concluirse que en relación a la prueba de confesión del inculpa-do esta puede operar como una prueba autónoma e independiente de la prueba declarada nula siempre que se acredite que dicha declaración se efectuó: a) previa información de sus derechos constitucionales, entre los que se encuentra el de guardar silencio o negarse a contestar, b) encontrarse en el momento de la declaración asistido de su letrado y c) tratarse de una declaración voluntaria, sin que existan vicios que puedan alterar tal voluntariedad, condiciones todas que nos conducen a concretar como escenario de tal declaración el Plenario, por ser en ese momento donde tales derechos y garantías se desarrollan en la mayor extensión.

Como se afirma en la ya citada STC 161/1999 "... De lo que se trata es de garantizar que una prueba como es la confesión, que por su propia naturaleza es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso ya que su contenido es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad, no responde a un acto de ..., inducción fraudulenta o intimidación...".

No se ignora que recientemente se han dictado por esta Sala dos sentencias —28/2003, de 17 de enero, y 58/2003, de 22 de enero— que efectúan una nueva interpretación del ámbito de expansión de los efectos indirectos de la prueba nula en el sentido de incluir en ellos toda información obtenida al hilo del descubrimiento de la obtenida por la prueba nula, con la consecuencia de que el interrogatorio efectuado en tales circunstancias ya estaría viciado porque el conocimiento de tales hechos lo habría sido en base a la prueba nula, cuya inexistencia debe —debería— operar no sólo en el campo del mundo jurídico sino también en el real, con lo que la confesión inculpatória del acusado en el Plenario, no obstante estar prestada con todas las garantías y puntualmente informado de la nulidad de la prueba sería igualmente y en todo caso nula porque los datos que sirvieron de base al interrogatorio procedían de un hallazgo obtenido en una prueba invalidada, con la conclusión de resultar imposible efectuar al inculpa-do pregunta alguna relativa al descubrimiento obtenido a través de la prueba anulada, dada su naturaleza de pregunta capciosa en el sentido de inductoras a error. Doctrina semejante pero más modulada se encuentra en la STS 160/2003, de 24 de febrero.

Como se ha visto, tal planteamiento difiere de la doctrina del Tribunal Constitucional y la de esta Sala, y sin perjuicio de reconocer el carácter evolutivo de la jurisprudencia, es preciso a la vista de cada caso concreto analizar el supuesto contemplado y extraer las consecuencias correspondientes. En todo caso, no estará de más recordar la reflexión contenida, también, en la STC 161/1999, de 27 de septiembre, ya citada, que al respecto afirma que "... que el hallazgo de la droga fuera consecuencia de un acto ilícito no supone que la droga no fue hallada, ni que sobre el hallazgo no se puede proponer prueba porque haya de operarse como si no hubiera sucedido...", "... la droga existe, fue hallada, decomisada y analizada...", y se concluye "... no puede aceptarse la afirmación hecha

por el demandado de que no se le podía preguntar por la droga...” —Fundamento Jurídico segundo y tercero—.

Es evidente que como se indica en la STS 1203/2002, de 18 de julio “... ha de evitarse que esta fórmula (se refiere a la conexión de antijuridicidad) se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el art. 11.1.º de la LOPJ y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ...”, por ello será preciso un especial análisis de las condiciones en las que se produjo la confesión inculpativa, en orden a verificar que ella fue exponente de su libre voluntad autodeterminada y no viciada.

Al respecto pueden darse tres supuestos:

a) Que el imputado, sea preguntado en el Plenario por hechos relativos a hallazgos ocurridos en el marco de una prueba que con anterioridad al Plenario ya ha sido declarada nula por parte del Tribunal. En tal situación el principio de efectividad —art. 9.2.º de la C.E.— aplicado al deber de instruir al inculcado de sus derechos constitucionales, y en concreto, del derecho de no declarar —art. 24.2.º de la C.E.—, exigiría que el Tribunal, haya informado previa y expresamente de esta situación al imputado, sólo así se podría estimar como totalmente libre su declaración autoinculpativa, porque sin información no habría libertad en la confesión efectuada.

b) Que haya existido en el Plenario un debate sobre la validez o no de una prueba y el Tribunal haya resuelto en tal acto la nulidad o haya pospuesto la decisión a su resolución en la sentencia. Este debate se debe producir en el marco de la Audiencia Preliminar del art. 793. 2.º de la LECriminal, y por tanto en presencia del inculcado, por ello puede suponerse suficientemente instruido y apercibido tanto de la prueba declarada nula como de la posibilidad de que lo sea en la sentencia y ninguna tacha vicio podría serle efectuada a su voluntaria declaración en respuesta a las preguntas que se le

puedan efectuar sobre los hallazgos de la prueba ya anulada o pendiente de decisión al respecto.

c) Cuando la nulidad de la prueba no está declarada por el Tribunal sentenciador, sino con posterioridad por una instancia superior. En tal caso, que paradójicamente puede ser más frecuente de lo deseable, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala citada, basta —bastaría— con verificar el cumplimiento de las garantías constitucionales en la declaración efectuada sin incidir en las razones de fondo del porqué el imputado declaró en el sentido autoinculpativo, lo que, en definitiva, no es sino manifestación de su libre autodeterminación porque bien pudo simplemente negarse a declarar o guardar silencio, e incluso faltar a la verdad, sin que le sea exigible al Tribunal sentenciador instruir al inculcado de la posibilidad de que alguna prueba pueda ser anulada por el Tribunal que pudiera conocer del recurso contra la sentencia.

En el presente caso, la nulidad de las intervenciones telefónicas ha sido declarada en esta sede casacional, verificándose en el examen de los autos efectuado que, por parte del letrado de B. no se impugnaron las intervenciones telefónicas —conclusiones provisionales al folio 382—, lo que sólo fue efectuado por la representación de Santiago —folio 355— no habiéndose utilizado el trámite de la Audiencia Preliminar del art. 793.2.º

En esta situación, verificado el cumplimiento de las garantías constitucionales que acompañaron la declaración de B. en el Plenario, debemos concluir que la misma es apta para ser valorada por su prueba independiente y autónoma de la prueba anulada, ahora bien, en la medida que es la única prueba de cargo existente, la condena debe ser coincidente a los extremos reconocidos por el recurrente, y como ya se dijo, si sólo aceptó haber realizado el transporte de una cantidad de hachís en una bolsa de deportes, por la que recibió 50.000 ptas. y diez gra-

mos de hachís, es con estos datos con los que debe efectuarse la correspondiente traducción jurídico-penal, esto es un delito de tráfico de drogas que no causan grave daño

a la salud, tipo básico, siendo esta la única condena posible a la vista de la única prueba existente, lo que así se efectuará en la segunda sentencia.

Sentencia 539/2003, Sala de lo Penal del TS, de 30 de abril de 2003

DELITO FISCAL. INDUCCIÓN.

Arts. 28, núm. 2 y 305 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo**

SÍNTESIS

Señala la sentencia que no cabe autoría mediata en el delito especial propio cuando la condición exigida en el tipo para ser sujeto activo la ostenta el instrumento y no el “hombre de detrás” pero sí cabe hablar aquí de inducción, al ser posibles formas de participación del “extraneus” en dichos delitos especiales propios.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resueltos los puntos anteriores, veamos si el recurso del Ministerio Fiscal tiene fundamento. Conviene subrayar, ante todo y aunque en el recurso no sea sostenida ya esta tesis como principal, que el acusado José Luis no hubiera podido ser condenado como responsable, en concepto de autor mediato, de los delitos fiscales objetivamente cometidos por los otros acusados. El delito contra la Hacienda Pública está legalmente configurado como un tipo especial propio en tanto su autor tiene que tener forzosamente la cualidad de sujeto del impuesto cuyo pago se elude. Y como el IRPF es un impuesto que grava la renta de cada persona física, el acusado José Luis únicamente pudo cometer el delito concretado en la elusión fraudu-

lenta de la cuota tributaria que pesaba sobre él. No pudo ser autor, ni directa ni mediata-mente, de los delitos que pudieron haber cometido los otros acusados omitiendo el pago de las cuotas tributarias que a cada uno de ellos correspondía. En este sentido, hay que decir que tiene plena razón el Tribunal de instancia al desestimar la pretensión de que José Luis fuese condenado como autor de catorce delitos contra la Hacienda Pública, de uno de ellos como autor material y directo y de los otros trece como autor mediato. Pero distinta debe ser la solución si de lo que se trata es de imputarle responsabilidad en esos trece delitos en concepto de inductor.

La inducción es una forma de participación en un delito ajeno, que consiste en sus- citar en otro, dolosamente, la resolución de

cometer el acto punible. Se exige que éste sea cometido libremente por el inducido, que actúa como autor inmediato con dominio del hecho, aunque no se debe descartar la posibilidad de que el inductor no se limite a hacer que nazca la resolución criminal en el inducido sino que colabore activamente con actos propios en la realización del hecho, en cuyo caso nos encontraríamos ante una participación dual que reuniría elementos de la inducción y de la cooperación necesaria. Por lo demás, cabe recordar, siguiendo la constante jurisprudencia de esta Sala, que la inducción ha de ser: a) anterior al hecho punible puesto que es su causa, b) directa, es decir, ejercida sobre una persona determinada y encaminada a la comisión de un delito también determinado, c) eficaz o con entidad suficiente para mover la voluntad del inducido a la realización del hecho perseguido, d) dolosa en el doble sentido de que conscientemente se quiere tanto inducir como que se comete el delito a que se induce y e) productora de su específico resultado porque el inducido haya, por lo menos, dado comienzo a la ejecución del delito. Desde otro punto de vista, debe decirse que la inducción, como cualquier otra forma de participación está regida por el principio que la doctrina y la práctica judicial denomina de “accesoriedad media o limitada” conforme al cual es suficiente, para que el tipo de inducción quede integrado, que el hecho principal sea típicamente anti-jurídico aunque su autor no sea culpable por falta de dolo o concurra en él una causa de impunidad como el error de prohibición. La acción del partícipe es punible porque contribuye decisivamente a la producción de un injusto típico y su culpabilidad completa los elementos constitutivos del delito que eventualmente faltaren, por ejemplo, el dolo del autor material o la punibilidad si ésta quedare excluida por el error en que el mismo se encontrare. E inevitable es, en el contexto de esta respuesta al recurso del Ministerio fiscal, hacer referencia a la posibilidad de que, en un delito especial propio como el delito contra la Hacienda Pública, el “extra-

neus”, esto es, el sujeto en que no concurre la cualificación necesaria para realizar la acción típica, sea inductor o cooperador necesario del “intra-neus”. El tema ha sido largamente debatido en la doctrina y en la jurisprudencia pero en ésta desde hace algún tiempo la solución viene siendo favorable a la admisión de dicha posibilidad, pudiendo ser citadas en este respecto las sentencias de esta Sala de 18 de enero y 24 de junio de 1994, 20 de mayo de 1996, 25 de marzo de 1997 y, más recientemente, 21 de diciembre de 1999. Como se dice en la última de las sentencias mencionadas, “la ley no impide la punibilidad del ‘extraneus’ como partícipe en el delito propio del ‘intra-neus’”. Esta solución tiene una clara fundamentación normativa: el partícipe no infringe la norma que respalda el tipo penal de la parte especial, sino la prohibición contenida en las reglas de la participación que amplían el tipo penal. Todas las explicaciones del fundamento de la participación conducen sin ninguna fricción a esta solución. Si este fundamento se ve en la participación en la ilicitud evidente que la ilicitud del hecho del autor, es el resultado de la conducta del partícipe que en forma mediata ataca el mismo bien jurídico; si el fundamento de la punibilidad del partícipe se viera en la causación del ilícito, la situación no sería en modo alguno diferente, pues el partícipe contribuye a la producción del acto ilícito”.

A la luz de cuanto acabamos de decir no parece dudoso que el acusado José Luis debió ser condenado como inductor de los delitos contra la Hacienda Pública que realmente cometieron, aunque por ellos no les sea exigible responsabilidad criminal, las personas que estaban vinculadas a aquél por lazos familiares o laborales. Dichas personas —los acusados absueltos— no sólo presentaron, cada uno de ellos, las declaraciones mendaces del IRPF correspondiente al ejercicio de 1992, acto final de la operación con que directamente se eludió el pago a que estaban obligados en razón de los dividendos obtenidos con la venta de las accio-

nes que habían recibido de José Luis, sino que con anterioridad realizaron múltiples actos que fueron preparando el encubrimiento de los sujetos al impuesto y la omisión de su pago, mediante acuerdos adoptados en las juntas de accionistas de la sociedad instrumental en que se habían concentrado las acciones, tales como el reparto de los dividendos, las sucesivas ampliaciones y reducción del capital de dicha sociedad, el consentimiento en la adquisición por la sociedad finalmente interpuesta del 97,20% de dicho capital social, etc. De este modo, se puede decir que cada acusado absuelto realizó una actividad que, en su conjunto, constituía un hecho típicamente antijurídico puesto que consistía en la participación en una maquinación engañosa encaminada a eludir el pago de la cuota del IRPF que a cada uno correspondía. No se les ha considerado autores de delito porque no se ha estimado acreditado que tuvieran conocimiento de la finalidad y efectos de las operaciones realizadas y sí que actuaron en la confianza que tenían depositada en quien fue, además de cabeza de familia, el director permanente de las empresas y negocios familiares y cuya actuación difícilmente podían interferir pues exigía la colaboración de todo el grupo. Pero aunque esto haya sido bastante para descartar en los acusados absueltos el dolo propio del delito fiscal —o quizá mejor, el conocimiento de la ilicitud

de su comportamiento— es claro que la conducta de José Luis, diseñando y planificando cuidadosamente la operación defraudatoria, dando a sus familiares y a su empleado de confianza las instrucciones necesarias para que todos desempeñasen el papel que les había asignado en el desarrollo de la operación, de forma que todos llegasen a la misma meta de omitir el pago del impuesto, para lo cual ejerció la indiscutible autoridad que se le reconocía, y ejecutando materialmente los actos para los que no era necesario el concurso de los demás, es claro —decimos— que dicha conducta es fundamentalmente la de un inductor aunque no falten en ella elementos propios de la cooperación necesaria. La conclusión a que todo ellos nos conduce es que efectivamente en la Sentencia recurrida se infringió el art. 14.2.º CP 1973 al no subsumir en esta norma —y en el tipo de la inducción— al acusado José Luis por lo que se refiere a su participación en los trece delitos contra la Hacienda Pública objetivamente cometidos por los acusados absueltos en la instancia.

La rectificación, que en este sentido haremos de la calificación jurídica mantenida en la Sentencia recurrida, tendrá que ir acompañada de un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil del acusado condenado y de los absueltos acorde con lo establecido en el art. 108 CP de 1973 reproducido sustancialmente en el art. 122 CP de 1995.

Sentencia 660/2003, Sala de lo Penal del TS, de 5 de mayo de 2003

LESIONES.

Art. 147 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

El tratamiento a cargo de un psicólogo no puede considerarse “tratamiento médico” en el sentido exigido por el art. 147 del CP, al separar el delito y la falta de lesiones.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En el segundo motivo, también por la vía del artículo 849.1.º de la LE-Crim., denuncia la indebida aplicación del artículo 147 del Código Penal, pues entiende que los hechos narrados en el relato fáctico no son constitutivos de delito sino de una falta de lesiones.

El motivo ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal, que considera que no consta la existencia de tratamiento psiquiátrico, sin que quepa entender comprendido en aquél el impuesto por un psicólogo, pues ello supondría una interpretación extensiva contraria al reo y proscrita en el ordenamiento penal.

El recurrente se refiere en el desarrollo del motivo a las lesiones físicas sufridas por la denunciante, de las que en la sentencia se dice, tras describirlas, que “precisaron para su sanidad de una primera asistencia médica, habiendo invertido en su curación la lesionada un total de 10 días, durante los cuales estuvo incapacitada para el desempeño de sus ocupaciones habituales”. El artículo 147 del Código Penal exige para que las lesiones que menoscaben la integridad corporal o la salud física o mental de la víctima sean constitutivas de delito que requieran objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, precisando a continuación que la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

Es claro que la aplicación de estas exigencias a las lesiones físicas antes mencionadas conduce a su calificación como una falta de lesiones, pues no se menciona en ningún momento que precisaran de un tratamiento médico o quirúrgico con carácter objetivamente necesario para la curación.

Sin embargo, la sentencia no basa la calificación delictiva de las lesiones en el menoscabo físico, sino en los efectos causados

en la salud mental de la víctima, que según la sentencia precisaron tratamiento psicoterapéutico, siendo atendida por una Psicóloga clínica.

La cuestión, por lo tanto, es precisar si esta clase de atención, con las prescripciones correspondientes, integra el tratamiento exigido por el artículo 147.

El tratamiento médico es un concepto normativo que, en ausencia de una definición legal, debe ser precisado mediante las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que otorgan al mismo la necesaria seguridad jurídica que la interpretación del tipo requiere.

Se debe entender por tratamiento a los efectos del artículo 147 del Código Penal, la planificación o establecimiento de un conjunto o esquema de actuaciones de carácter médico o quirúrgico que, en relación con un menoscabo de la salud física o mental, se consideran objetivamente necesarias para la curación, para la reducción de sus consecuencias o para la recuperación, en la medida en que en cada caso sea posible según el estado de la ciencia y las peculiaridades del caso concreto, prescritas por un médico, con independencia de que se acuerden o impongan en el curso de la primera asistencia o ulteriormente, y de que la actividad posterior en que consistan se lleve a cabo por el propio médico o se encomiende a sus auxiliares sanitarios o incluso al propio lesionado. Las dichas actuaciones pueden consistir en el sometimiento a determinadas actuaciones médicas o médico-quirúrgicas, en la administración de fármacos o en la realización de determinados comportamientos, quedando excluidas del concepto el mero seguimiento o vigilancia de la evolución de la lesión. Y es independiente de que el enfermo haya seguido o no efectivamente las prescripciones establecidas para la curación.

La aplicación de este concepto a los hechos declarados probados conduce a la estimación del motivo, de conformidad con las

alegaciones del Ministerio Fiscal. En la sentencia solamente se hace referencia a un tratamiento psicológico impuesto por un Psicólogo clínico. Esta clase de tratamiento, a pesar de su importancia y de sus posibles efectos beneficiosos para aquel a quien se aplica, no puede identificarse a efectos penales con el tratamiento médico o quirúrgico exigido por el tipo, pues en la interpretación que del mismo ha realizado la doctrina y la jurisprudencia (SSTS n.º 1406/2002, de

27 de julio; n.º 55/2002, de 23 de enero, y n.º 2259/2001, de 23 de noviembre, entre otras), se señala como uno de sus requisitos el que la prescripción sea realizada o establecida por un médico como necesaria para la curación, lo que aquí no ha ocurrido. Por lo tanto, los hechos declarados probados deben ser calificados como constitutivos de una falta del artículo 617.1 que lleva aparejada una pena de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses.

Sentencia 652/2003, Sala de lo Penal del TS, de 6 de mayo de 2003

IMPOSICIÓN DE PENA ADICIONAL Y DIVERSA A LA CONFORMADA EN AUTO DE ACLARACIÓN.

Arts. 267 LOPJ; 24 CE; 793.3 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano**

SÍNTESIS

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva a consecuencia de imponerse en un auto de aclaración de una sentencia de conformidad una pena de multa no recogida en ésta aunque prevista para el delito con el cual se quietó el acusado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En el homónimo ordinal (2.º), en relación al 5.º motivo, se aduce por la vía del art. 849.1.º, infracción del art. 267 de la LOPJ, en relación al 24 de la CE que proclama el derecho a la tutela judicial efectiva.

1. El examen conjunto tiene su razón de ser en el hecho de que una simple infracción formal sin repercusión en derechos fundamentales, no puede tener aparejada la nulidad “a radice” de los autos aclaratorios como se postula.

En este punto es correcta la doctrina que traen a colación los recurrentes, (entre otras,

STC 82/1995, de 5 de junio y STS n.º 745/1999, de 10 de mayo).

Según ésta el impropriamente llamado recurso de aclaración es plenamente compatible con el principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, siempre que los Jueces y Tribunales respeten estrictamente los límites inherentes a esta vía reparadora, sin alterar sustancialmente y al mismo tiempo lo que constituye la esencia de la resolución judicial, bien en su fundamentación jurídica o en su parte dispositiva.

Como límite negativo de la aclaración o suplencia de alguna omisión, se establece el principio de que no es posible alterar la fundamentación jurídica ni el sentido del fallo.

La STS n.º 745 de 10 de mayo de 1999, nos dice: “El cauce procesal del artículo 267 por su excepcionalidad no puede ser utilizado para rectificar o modificar el sentido de la fundamentación jurídica, de forma que se utilice para enmendar la parte dispositiva de la decisión judicial, en atención a una nueva o incluso más acertada calificación o valoración jurídica de las pretensiones de las partes y de los hechos enjuiciados, pues ello entrañaría una revisión de la resolución judicial, realizada al margen del sistema de recursos y remedios procesales, que afecta al principio de la inmutabilidad de las resoluciones jurídicas y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española”.

2. En el caso que nos concierne nos hallamos ante una sentencia de conformidad en que la defensa se ha allanado a la pretensión penal, aceptando la más elevada petición de pena, poniendo así término al proceso ya iniciado.

En tal aceptación o conformidad no entraba la pena de multa, cuya imposición en ningún caso asumió el acusado. No es aceptable la afirmación de que el letrado que suscribió la conformidad pudo asesorar a su cliente de que la multa estaba prevista en la ley para este caso. Quizás por conocer tal extremo y por no solicitarla el M.º Fiscal y acusación le impulsó a mostrar conformidad.

(...)

Realmente y desde la óptica de los acusados recurrentes constituye un verdadero fraude procesal imponerles una pena no solicitada y ante la que no pudieron argumentar o contradecir, con clara infracción del derecho de defensa.

Si la misma, como se argumenta por el Fiscal, era exigencia del principio de legalidad y constituía un derecho imperativo o de “ius cogens” debió intarse la nulidad, pero no dar un contenido a la aquiescencia de los acusados que no tuvo. Ninguno se representó, al conformarse, la posibilidad de sopor-tar una pena pecuniaria.

El principio de legalidad, no debe ser obstáculo para que las penas previstas para las distintas infracciones aceptadas, se impongan con el mayor respeto a los derechos fundamentales o garantías procesales que el art. 24 de la Constitución otorga a todo justiciable.

El recurso debe estimarse, debiendo declarar nulos los autos recurridos, que completan la sentencia, manteniendo los términos de ésta y todo ello con declaración de oficio de las costas del recurso (art. 901 de la LECrim.).

Sentencia 677/2003, Sala de lo Penal del TS, de 7 de mayo de 2003

COOPERACIÓN NECESARIA/COMPLICIDAD.

Arts. 28 y 29 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez**

SÍNTESIS

Se ofrece una completa información sobre la doctrina jurisprudencial en torno a la separación entre cooperación necesaria y simple complicidad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Esta Sala ha expresado en varias de sus resoluciones la diferencia que existe entre la cooperación necesaria y la complicidad.

Así, en la Sentencia 1338/2000, de 24 de julio, se declara que la participación en el hecho delictivo mediante la cooperación necesaria tiene dos vertientes que es preciso delimitar: por una parte, con la autoría en sentido estricto (artículo 28.1 del CP) —se dice que es autor aquél que realiza el tipo previsto en la norma como propio—; por otra parte, con el cómplice, artículo 29 del CP (el aplicado), a cuyo tenor son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos. El cooperador, sea necesario o cómplice, participa en el hecho típico realizado por otro. A su vez, la coautoría implica la realización conjunta, entre todos los codelincuentes, del hecho descrito en la norma con independencia del papel asignado a cada uno, porque ninguno ejecuta el hecho completamente, no jugando con ello el principio de la accesoriedad de la participación. La Jurisprudencia de esta Sala ha señalado al respecto que “la

cooperación necesaria supone la contribución al hecho criminal con actos sin los cuales éste no hubiera podido realizarse, diferenciándose de la autoría material y directa en que el cooperador no ejecuta el hecho típico, desarrollando únicamente una actividad adyacente, colateral y distinta pero íntimamente relacionada con la del autor material de tal manera que esa actividad resulta imprescindible para la consumación de los comunes propósitos criminales asumidos por unos y otros, en el contexto del concierto previo”, refiriéndose a las teorías esgrimidas para diferenciar la autoría en sentido estricto de la cooperación, la de la “conditio sine qua non”, la del “dominio del hecho” o la de las “aportaciones necesarias para el resultado”, resultando desde luego todas ellas complementarias. Por lo que hace a la participación a título de cómplice, se habla de una participación de segundo grado, que implica desde luego evidente realización de un acto de ejecución, pero accesorio, periférico, secundario o de simple ayuda, distinto de la trascendente, fundamental y esencial que va embebida en la autoría (STS de 6-11-1996 y las recogidas en la misma).

Y la Sentencia 123/2001, de 5 de febrero, también entra en el examen de la participa-

ción delictiva y expresa que una reiterada doctrina de esta Sala ha señalado los criterios dogmáticos más utilizados por la doctrina y la jurisprudencia para delimitar el concepto de autor y distinguirlo de la simple complicidad. Son las tres teorías que se indican: la objetivo-formal, la objetivo-material y la teoría del dominio del hecho que han sido manejadas por nuestra jurisprudencia con mayor o menor adhesión. Las Sentencias de esta Sala de 26 de febrero de 1993 y 27 de enero de 1998 recogen, en acertada síntesis, los diversos caminos seguidos por nuestra jurisprudencia para concretar y perfilar el concepto de autor, en sus tres variantes, y distinguirlo de la complicidad. En primer lugar se puede optar por considerar autor a todo el que pone una causa sin la que el resultado no se hubiera producido, aunque diferenciando la causa (autoría) de la condición (complicidad), con lo que se evade de la teoría de la equivalencia de las condiciones, que sería insuficiente para distinguir entre ambas categorías participativas. De la aplicación de la teoría del dominio del hecho, se sigue, como criterio diferenciador, la posibilidad de dejar correr o de interrumpir la realización de la acción típica, haciendo de este dominio, el signo distintivo de la cooperación necesaria, relegando la complicidad a los simples actos de ayuda sin participación en la decisión ni el dominio final del hecho. Ajustándose a la eficacia de los medios, se ha puesto énfasis en las aportaciones necesarias para el resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de medios y, en este campo, toda actividad claramente criminal, que por serlo, el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo, es escasa y constitutiva de cooperación necesaria si, además es causal para el resultado y supone la remoción de un obstáculo serio para la comisión del delito. Como señalan las resoluciones citadas, la jurisprudencia actual viene conjugando estos criterios, sin adscribirse a ninguno de ellos en exclusiva. Sin embargo, una de las teorías más aceptadas para conformar la autoría es la que la identifica con el dominio funcional del he-

cho. Serán, pues, coautores los que co-dominan funcionalmente el hecho que se subsume en la conducta típica. Y ese dominio funcional del hecho que ejerce cada uno de los coautores se manifiesta en el papel que le corresponde en la división del trabajo, integrado en la decisión conjunta al hecho. En esa decisión conjunta o común aparecen conectadas los distintos aportes o tareas en que se divide la realización del hecho. Esa división de aportes o tareas también se presenta entre autores y cómplices o cooperadores. La jurisprudencia de esta Sala ya no considera que el acuerdo previo sin más sea suficiente para construir la coautoría. Constituye una condición, pero no la única, de la coautoría. Esta surge cuando a la decisión común acompaña una división de papeles o tareas que no importe subordinación de unos respecto de otro o de otros y ese aporte principal exterioriza el dominio funcional de cada uno sobre el hecho que se va a realizar. La teoría de la participación en sentido estricto —excluida la autoría— se materializa en dos posibilidades según la importancia de la contribución, de tal manera que se distingue entre la realización de papeles accesorios o secundarios para la realización del hecho típico de aquella otra en que la aportación resulta esencial y necesaria para la ejecución del delito. Esta Sala viene declarando (cfr. Sentencia de 11 de junio de 1999) que la diferencia entre la complicidad y la cooperación necesaria radica en la consideración de la actividad del cómplice como secundaria, accesorio o auxiliar de la acción del autor principal, frente a la condición de necesaria a la producción del resultado de la conducta del cooperador necesario. Para que esa conducta sea tenida como necesaria se ha acudido, como ya dejamos expuesto más arriba, a distintas teorías que fundamentan esa diferenciación. De una parte, la de la “conditio sine qua non”, para la que será necesaria la cooperación sin la cual el delito no se habría cometido, es decir, si suprimida mentalmente la aportación del sujeto el resultado no se hubiera producido; la teoría de los bienes escasos

cuando el objeto aportado a la realización del delito es escaso, entendido según las condiciones del lugar y tiempo de la comisión del delito; y la teoría del dominio del hecho, para la que será cooperación necesaria la realizada por una persona que tuvo la posibilidad de impedir la infracción retirando su concurso, si bien un importante sector doctrinal emplaza las situaciones de dominio funcional del hecho dentro de la coautoría. En la complicidad, por el contrario, se resalta una participación de segundo grado inscribible en las prestaciones de auxilio eficaz favorecedor del resultado, pero sin el cual el hecho criminal también era posible.

Aplicando la doctrina que se deja expresada al supuesto que nos ocupa, y acorde

con el veredicto que emitió el Jurado, debe mantenerse la participación en concepto de complicidad, como se decantó el Tribunal del Jurado, ya que como se acaba de dejar expresado, el recurrente favoreció, con su presencia y al llevarlos al lugar donde se produjeron los hechos, la conducta de quien aparece como agresor material de la víctima, agresión de la que era consciente el recurrente al observar las distintas secuencias que culminaron en la agresión mortal.

Así las cosas, su participación delictiva se contrae a una participación de segundo grado inscribible en las prestaciones de auxilio eficaz favorecedor del resultado, pero sin el cual el hecho criminal también era posible.

Sentencia 703/2003, Sala de lo Penal del TS, de 13 de mayo de 2003

AUTO DE TRANSFORMACIÓN A ABREVIADO.

Arts. 789.5.4.^a y 790.1 I LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García**

SÍNTESIS

El contenido delimitado del auto de transformación a procedimiento abreviado se circunscribe a los hechos allí reflejados y personas imputadas pero no a la calificación jurídica que haya efectuado el Instructor.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Con la STS 450/1999, de 3 de mayo, debemos recordar que dicho auto de Transformación a procedimiento abreviado, es el equivalente procesal del auto de Procesamiento en el sumario ordinario —en tal sentido SS de esta Sala de 21 de mayo de 1993

y 1437/1998, de 18 de diciembre—, teniendo la finalidad de fijar la legitimación pasiva así como el objeto del proceso penal en la medida que como se indica en la STC 186/1990, de 15 de noviembre “... realiza (el instructor) una valoración jurídica tanto de los hechos como sobre la imputación objetiva de los mismos...”. En definitiva, al igual que en el auto de procesamiento, se está en

presencia de un acto de imputación formal efectuado por el Juez Instructor exteriorizador de un juicio de probabilidad de naturaleza incriminatoria delimitador del ámbito objetivo y subjetivo del proceso. Se trata, en definitiva de un filtro procesal que evita acusaciones sorpresivas o infundadas en la medida que sólo contra quienes aparezcan previamente imputados por los hechos recogidos en dicho auto se podrán dirigir la acusación, limitando de esta manera los efectos perniciosos que tiene la “pena de banquillo” que conlleva, por sí sola, la apertura de juicio oral contra toda persona.

Por lo que se refiere al Procedimiento Abreviado, resulta patente esta doble finalidad delimitándose del objeto del proceso y los sujetos del mismo que tiene el auto de Transformación. El art. 790.2.º prevé la posibilidad de diligencias complementarias a solicitud del Ministerio Fiscal cuando resulten indispensables para formular acusación, lo que incluye el supuesto de que se estime la imputación a otras personas no designadas en el auto de transformación, o la inclusión de otros hechos de los allí contenidos. Lo mismo se prevé para las otras acusaciones si bien la petición del Ministerio Fiscal es vinculante para el Instructor, no así la de las otras acusaciones, trato diferente que no conculcaría el principio de igualdad de armas porque encontraría su justificación en los principios de igualdad e imparcialidad del Ministerio Fiscal y en la prevención de evitar dilaciones indebidas por peticiones abusivas de las partes privadas.

Es evidente por ello que el contenido delimitador que tiene el auto de Transformación para las acusaciones, se circunscribe a los hechos allí reflejados y a las personas imputadas, no a la calificación jurídica que haya efectuado el Instructor, a la que no queda vinculada la acusación sin merma de los derechos de los acusados, porque como recuerda la STC 134/1986, “no hay indefensión si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo de delito señalado en la sentencia”.

En el mismo sentido la reciente STC de 30 de septiembre de 2002 en relación a la garantía de interdicción del principio acusatorio afirma que “... no es la falta de homogeneidad formal entre el objeto de la acusación y el objeto de la condena, es decir, el ajuste exacto y estricto entre los hechos constitutivos de la pretensión penal y los hechos declarados probados por el órgano judicial, sino la efectiva constancia de que los elementos de hecho que se fueron ni pudieran ser debatidos plenamente por la defensa...”, doctrina que admitida por el Tribunal Constitucional en relación a la teoría de la “pena justificada” que permite al Tribunal sentenciador sancionar por distinto delito del que fue objeto de acusación, tiene una mayor vigencia y aplicación en relación a la calificación jurídica que se efectúe por la acusación en su escrito de conclusiones provisionales, que no debe seguir “sic et simpliciter” y de forma vicarial la contenida en el auto de Transformación a procedimiento abreviado.

Antes bien, con la única limitación de mantener la identidad de hechos y de inculcados, la acusación, tanto la pública como las particulares son libres de efectuar la traducción jurídico-penal que estiman más adecuada.

Una aplicación de la doctrina expuesta al objeto del presente recurso de casación permite afirmar que en la calificación jurídica efectuada por el ahora recurrente, se atuvo a la identidad de hechos y personas en ellos implicados que se reflejaba en el auto de Transformación, auto en el que se definía el “nomen” del delito, como de falsedad en documento público. En el escrito de conclusiones provisionales —folio 925 y siguientes— se calificaron los hechos como constitutivos de un delito de estafa en la modalidad de estafa procesal —art. 528 en relación con el art. 529.2.º y 7.º del anterior Código Penal—, admitiendo como hipótesis, también la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de falsedad documental del art. 306, si bien se optaba por la anterior calificación de acuerdo con el art. 68 del

Código Penal, tal calificación — provisional— no suponía ninguna vulneración del principio acusatorio como erróneamente se declara en el auto de 20 de septiembre de 1999 de la Audiencia Provincial recurrido en casación. Es preciso recordar, una vez más, que como ya dijo la Exposición de Motivos de nuestra venerable LECriminal “... el juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal...”, por tanto ninguna indefensión ni vulneración del acusatorio se le producía a los acusados con la calificación provisional efectuada por el ahora recurrente.

En esta situación el Sr. Juez de Instrucción dictó dos autos de igual fecha —27 de abril de 1998— por uno de ellos —folio 829— denegó la apertura del Juicio Oral, por el delito de estafa procesal con el fundamento de que no procedía tal calificación porque el auto de incoación a Procedimiento Abreviado lo fue por un delito de falsedad en documento público, y por otro —folio 931— acuerda la apertura de juicio oral por el delito de falsedad en documento público, siendo una de las defensas quien en el trámite de calificación alegó vulneración del principio acusatorio —folio 958— interesando el sobreseimiento libre de las actuaciones por tal actuación, dictándose con fecha 20 de mayo de 1999 —folio 976— auto acordando la nulidad del auto de apertura y archivo que fue confirmado por la Audiencia Provincial.

Precisamente, ha sido esta parte recurrente a quien se le ha producido una lesión en su derecho a la obtención al derecho a la tutela judicial efectiva con la resolución del Juzgado confirmada por la Audiencia Provincial, pues en la medida en que se declaró la nulidad del auto de apertura de juicio oral y el archivo de las actuaciones, se produce una conclusión de las actuaciones que con independencia de los términos gramaticales

empleados equivale a un sobreseimiento definitivo, lo que supone una respuesta fundada en una causa impeditiva en cuanto al fondo que no tiene apoyo legal y no lo tiene porque el propio auto de Transformación a procedimiento abreviado relató unos hechos de contenido inequívocamente penal abstractión hecha de la concreta calificación jurídica que pudieran corresponderle. Tal decisión de archivo equivale a la decisión de no juzgar lo que merece ser juzgado a pretexto de una polémica sobre la procedencia de una u otra calificación jurídico penal, y ello integra a la vez una negativa injustificada a dar respuesta fundada a la demanda de justicia que dirige el recurrente —STC 6/1999, de 8 de febrero—, y además, una decisión contradictoria con la propia declaración del Sr. Juez de Instrucción exteriorizada en el auto de Transformación que constituye un auto esencialmente valorativo de todo lo instruido en el sentido de pasar a la fase de Procedimiento Abreviado, pues de forma irrazonable se acuerda no llevar a juicio unos hechos sospechosos de criminalidad.

Tercero.—(...)

Concluimos, la exigencia que vienen a afirmar los autos recurridos de que la acusación particular debe respetar escrupulosamente la calificación jurídica penal que de los hechos efectúa el propio Juez Instructor en los autos de transformación o de apertura de juicio oral bajo sanción de nulidad y archivo de las actuaciones no tiene apoyo normativo alguno en nuestro sistema de justicia penal.

(...)

No sólo no hubo quiebra del principio acusatorio para los acusados, sino que los autos ahora anulados, produjeron una quiebra del derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva para el recurrente.

Sentencia 743/2003, Sala de lo Penal del TS, de 14 de mayo de 2003

DERECHO A SER INFORMADO DE LA ACUSACIÓN.

Arts. 24.1 CE; 732 y 793.7 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez**

SÍNTESIS

Con cita de la STC 33/2003, de 13 de febrero (reproducida en el n.º 9 de la Revista de Derecho Penal) se declara vulnerado el derecho a ser informado de la acusación a consecuencia de un cambio sustancial de la acusación en conclusiones definitivas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 33/2003, de 13 de febrero, recuerda que en el ámbito de las garantías integradas en el derecho a un proceso equitativo (art. 24.2 de la CE) se encuentra el derecho a ser informado de la acusación, que se concreta en el derecho de defensa, señalando que, desde la STC 12/1981, viene declarando que “la información, a la que tiene derecho el acusado, tiene por objeto los hechos considerados punibles, de modo que “sobre ellos recae primariamente la acusación y sobre ellos versa el juicio contradictorio en la vista oral” pero también la calificación jurídica, dado que ésta no es ajena al debate contradictorio. Ahora bien, ya en aquella primera ocasión señalamos que si bien de este principio resulta la necesaria congruencia entre acusación y defensa, es, sin embargo, posible que los órganos judiciales se aparten de la calificación jurídica fijada por las acusaciones sin que ello suponga automáticamente la vulneración del derecho de defensa del

acusado, siempre que concurren dos condiciones: “la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la Sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación”, y “que ambos delitos... sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza, porque el hecho que configura los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo”; en definitiva dijimos, “si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos que componen el tipo de delito señalado en la Sentencia... no existe indefensión”, ya que ningún elemento nuevo sirve de base a la nueva calificación. (...) En este contexto, es preciso recordar que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el marco de la regulación del procedimiento ordinario, establece la posibilidad de que se modifiquen las calificaciones provisionales al fijarlas de forma definitiva, pues eso puede resultar necesario en virtud de la prueba practicada (art. 732 de la LECrim.). Y dispone también que el órgano judicial, una vez efectuadas las calificaciones definitivas, puede someter a las

partes una nueva calificación jurídica, si considera que la efectuada incurre en manifiesto error, en cuyo caso puede suspender el juicio oral si las partes indicaren que no están suficientemente preparadas para discutir la propuesta (art. 733 de la LECrim.). Asimismo, prevé la suspensión del juicio oral a instancia de parte “cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria” (art. 746.6 en relación con el art. 747 de la LECrim.). Con mayor precisión, la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé, para el procedimiento abreviado (art. 793.7), que “cuando en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecie un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá conceder un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes. Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas” (actualmente art. 788.4 de la LECrim. con nueva redacción por Ley 38/2002, de 24 de octubre). En suma, no toda modificación de las calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que incide en elementos esenciales del hecho constitutivo de delito o que implica una nueva calificación jurídica infringe el derecho de defensa si, utilizando las vías habilitadas al efecto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se permite su ejercicio respecto de esos nuevos hechos y su calificación jurídica. Sigue diciendo que una alteración tan significativa de los hechos objeto de acusación ha de efectuarse sin limitar en modo alguno al acusado su derecho de defensa. Añade que en este marco ha de tenerse en cuenta que el derecho al conocimiento previo de la acusación como elemento integrante del derecho de defensa exige que exista un tiempo entre el momen-

to de la puesta en conocimiento de la acusación y el momento en que se ejerce la defensa en la vista oral a los efectos de preparar la defensa. Así lo recoge expresamente el art. 6.3.b) del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de la defensa”. Y así lo ha aplicado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras, en el caso *Mattocchia c. Italia*, Sentencia de 25 de julio de 2000. En este contexto —y a la luz de las circunstancias del caso, en particular, la entidad de las modificaciones efectuadas, así como las características de la nueva calificación jurídica...— no puede considerarse que el trámite de informe oral de la defensa o el relativo al derecho a la última palabra pueden suplir las limitaciones del derecho de defensa, ya que, de un lado, el segundo tiene una función distinta, y, de otro, en el primero difícilmente se pueden rebatir los hechos sin haber tenido ocasión de presentar pruebas frente a ellos, y, si bien dicho trámite puede ser utilizado para argumentar contra la nueva calificación jurídica, la falta de tiempo para la preparación del mismo convierte en puramente formal su existencia. Sigue diciendo que como este Tribunal ha declarado y acabamos de recordar, en los procesos por delito no cabe una acusación implícita o tácita, de modo que no es posible dar por conocido lo que no figura expresamente en los escritos de calificaciones, ni puede entenderse que el acusado ha tenido posibilidad de ejercer su derecho de defensa frente a lo que en dicho escrito no consta.

Aplicando la doctrina que se deja expresada al caso que examinamos en el presente recurso de casación, lo cierto es que el acusado ha tenido conocimiento de una acusación, en la que se había producido un cambio esencial en los hechos que se le imputa-

ban, en el momento de elevar a definitivas las conclusiones provisionales de la acusación, y su defensor no ha podido ejercer el derecho de defensa contradictoria, en cuanto no ha planteado pruebas en relación a los nuevos elementos fácticos que se imputaban ni ha tenido tiempo de adaptar su defensa a la nueva situación fáctica y jurídica, (...)

Lo que se acaba de expresar responde a una situación en la que en el escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal se acusaba al ahora recurrente de una falta de maltrato, prevista en el artículo 617.2 del Código Penal y de una falta de lesiones prevista en el artículo 617.1 del mismo texto legal, y se le atribuía la siguiente situación fáctica: “el acusado José Ignacio golpeó con un puñetazo a Guillermo ocasionándole lesiones consistentes en herida inciso contusa en labio superior de las que tardó en curar 10 días, sin impedimento ni secuela alguna”. Asimismo se dice, respecto a este acusado, que Carlos cayó al suelo donde fue golpeado con patadas por ambos acusados (uno de ellos es el ahora recurrente), sin que conste que resultaran lesiones. En el acto del juicio oral, el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, modifica sus conclusiones provisionales en el siguiente sentido: En la primera, por el hecho fáctico del rodillazo en la nariz, donde dice Juan Enrique debe decir siempre José Ignacio y donde dice José Ignacio debe decir Juan Enrique. En la tercera, donde dice Juan Enrique debe decir José Ignacio por el delito A y en la falta C, donde dice José Ignacio, debe decir Juan Enrique.

Las alteraciones que se acaban de dejar expresadas, indudablemente esenciales, no es resultado de una error material o mecanográfico al escribir los nombres sino de las pruebas practicadas en el acto del plenario.

Así las cosas, acorde con la doctrina antes expuesta, el Tribunal de instancia, al condenar por una delito y una falta cuando antes había acusado de dos faltas y alterar sustancialmente los hechos que se imputan, sin que se haya ofrecido al acusado la oportu-

unidad de adaptar su defensa a la nueva situación fáctica y jurídica, al no contar con el necesario espacio temporal desde el momento de la puesta en conocimiento de la nueva acusación, ha conculcado el derecho a una defensa contradictoria en relación con el de ser informado de la acusación.

La cuestión ha dilucidar, ante esta situación, es la de la consecuencia que se deriva de esta vulneración de un derecho constitucionalmente proclamado, cuestión que fue examinada en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el día 9 de abril de 1999, en el que se tomó el siguiente acuerdo: “Si en una sentencia se incorporan hechos nuevos o se aplican unos tipos heterogéneos que no han sido objeto de acusación, se ha producido una indefensión cuyo remedio será la absolución, o una segunda sentencia, absolviendo del exceso. Por el contrario, cuando no se hayan introducido por el juzgador hechos nuevos y se condena por delito más grave o por delito distinto, la solución será la devolución al Tribunal de instancia o dictar nueva sentencia, según proceda en cada caso concreto”.

Dado que en caso que examinamos se ha producido un cambio en los elementos esenciales que integran los hechos objeto de acusación, sin que se hubiera ofrecido a la defensa la oportunidad de contradecirlos, se subsana esta situación respetando, con relación a este acusado, los hechos de la inicial acusación y su calificación jurídica, y ello determina la absolución por el exceso que se aprecia en la sentencia de instancia y, en consecuencia, se absuelve al acusado José Ignacio del delito de lesiones, sin que se le pueda condenar por la falta de lesiones de que fue víctima Guillermo, por no permitirlo las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, debiendo prevalecer el principio de presunción de inocencia respecto a esos hechos concretos, y se mantiene la condena, en los que se refiere a este recurrente, exclusivamente por una falta de maltrato en los mismos términos que la sentencia de instancia.

Sentencia 744/2003, Sala de lo Penal del TS, de 21 de mayo de 2003

PENAS ACCESORIAS (PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD).

Art. 56 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta**

SÍNTESIS

Se desestima el recurso del Ministerio Fiscal, instando la imposición de la pena accesoria de privación de la patria potestad en un caso de lesiones producidas por la madre a su propio hijo, remitiendo el problema a la jurisdicción civil.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El Ministerio fiscal formaliza un único motivo en el que denuncia el error de derecho por la inaplicación del art. 56 del Código Penal. En la impugnación pretende que se imponga la pena de privación de la patria potestad como pena accesoria al delito de lesiones por el que ha sido condenada la acusada en aplicación del art. 56 del CP. A juicio de la acusación pública procede la pena instada en el escrito de acusación al tratarse de un delito grave, el de lesiones agravadas por la utilización de medios peligrosos, y tener relación directa con los deberes de protección dimanantes de la patria potestad. Recuerda el relato fáctico, madre que en el biberón que prepara a su hijo de cinco meses de edad introduce una concentración de sustancias tóxicas determinantes de las lesiones que se declaran probadas. Afirma que la reciente jurisprudencia de esta Sala, que interpreta el artículo 56 en el sentido de no otorgarle un carácter automático a la privación de la patria potestad, “está referida a supuestos en los

hechos tenían como sujeto pasivo a uno de los progenitores y eran realizados por el otro, y no es de aplicación cuando el sujeto pasivo de los hechos es el mismo hijo menor, pues aquí hay una relación directa con los deberes de protección dimanantes de la patria potestad. Carecería de sentido que cupiera la privación de la patria potestad cuando se abandona o se agrede sexualmente al menor y no cuando se le intenta matar o se le lesiona”.

El argumento del Ministerio fiscal resulta sumamente atractivo, pero debe ser puntualizado. Ciertamente parece un contrasentido que la Ley Penal prevea, de manera expresa, para los delitos contra la libertad sexual y los de abandono de familia la pena de privación de la patria potestad y no exista una previsión penal similar para los delitos de homicidio y los de lesiones, por lo que, afirma la acusación pública, es preciso acudir a la posibilidad del art. 56 del Código Penal, la pena accesoria, e incluir la privación de la patria potestad en aquellos casos en que la pena guarda una relación directa con el delito.

El motivo no puede ser estimado. Es, precisamente, en esa previsión específica donde radica la singularidad. En efecto, en los delitos contra la libertad sexual y en los delitos contra las relaciones familiares, el Código Penal prevé, expresamente, la posibilidad de imponer la pena de privación de la patria potestad, “si lo estima oportuno en atención a las circunstancias del menor”, art. 233, y “podrá imponer razonadamente la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad...; art. 192, en los delitos contra la libertad sexual. Es decir, la específica previsión legal referida a la privación de los derechos de patria potestad, se expresa con carácter potestativo para el tribunal atendiendo a las circunstancias del menor, en los términos del Código, o en los mas apropiados de la LO 1/1996, al superior interés del menor. La ausencia de una previsión específica para los delitos contra la vida o la integridad física no nos puede llevar a su imposición automática, como se pretende por la acusación, en aplicación del art. 56 del Código Penal haciendo que la norma genérica del art. 56, se aplique automáticamente y, sin embargo, la previsión específica esté sujeta a condicionamientos expresos para su imposición. En otras palabras, si la previsión específica, para los delitos contra la libertad sexual cometidos por los parientes y contra la relaciones familiares, de la privación de la patria potestad, aparece redactada en términos de imposición facultativa para el Juez, con exigencia de un razonamiento expreso que atienda a las circunstancias del menor, la previsión genérica del art. 56, la inhabilitación como pena accesoria, no puede tener el automatismo que se pretende por la acusación recurrente. Desde esta perspectiva el contrasentido al que se refiere el Ministerio fiscal en su impugnación no se produce, sino que el legislador ha delimitado, consciente de la gravedad de la pena de inhabilitación, su alcance, y allí donde la prevé de forma expresa la sujeta a unas especiales exigencias de motivación y dispone su imposición con carácter facultativo, de lo que

se deduce que la pena privativa de la patria potestad si bien ha de ir referenciada, como toda pena a la gravedad del hecho, sobre todo ha de referenciarse al superior interés del menor, lo que comporta la realización de estudios psicosociales y familiares precisos para acertar con la medida procedente.

El criterio expuesto por el tribunal de instancia para no imponer la pena de privación de la patria potestad como accesoria al delito de lesiones no es acertado, por cuanto refiere la no imposición de la pena a la existencia de mayores garantías en el proceso civil que en el proceso penal. Las garantías que previene el ordenamiento procesal penal son las ajustadas a las prevenciones constitucionales para la privación de derechos fundamentales y, en todo caso, el Juez penal puede, y debe, acudir a las normas del ordenamiento civil y al protector de la infancia para complementar el ordenamiento en aquellos aspectos expresamente regulados por ese ordenamiento.

El ordenamiento jurídico español se ha dotado recientemente de nuevas regulaciones específicas de protección a los menores y ha dispuesto la creación de instituciones de protección específica, y de órganos jurisdiccionales especializados en la materia, a tenor de los que dispensar una protección global del menor lo que ha permitido superar la consideración del niño como objeto de propiedad de los progenitores que es sustituida por su consideración como titular de derechos, merecedor de una protección especial por parte del Estado y instituciones. La posibilidad de imponer la pena de privación de la patria potestad, ya como pena específica o genérica, ha de referenciarse, como antes se dijo, al superior interés del menor, en los términos de los arts. 192 y 233 del CP, y no tanto a la gravedad del hecho, pues esa referencia que se pretende por la acusación todavía conserva parte de la consideración patrimonialista de la descendencia, en la medida en que un delito contra ellos, como se solicita, debe comportar la privación automática del derecho a la patria

potestad como castigo al ascendiente por el delito cometido, sin atender a los intereses del menor de singular relevancia y necesaria protección. Esa situación queda evidenciada, en este caso, cuando la pena accesoria podría ser impuesta sólo al culpable del delito sin atender la situación del progenitor no culpable del hecho punible aunque si de la situación de riesgo del menor que la jurisdicción especializada puede tener en cuenta.

No basta con disponer la privación de la patria potestad sino que es preciso adoptar las prevenciones especiales de guarda, tutela, acogimiento que las leyes reguladoras previenen para las que es preciso un conocimiento cabal de la situación del menor que sólo desde un previo estudio psicosocial y familiar puede y debe ser adoptada.

El Acuerdo del Pleno de esta Sala de 26 de mayo de 2000 es expresivo de lo anteriormente relacionado. La pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad es una pena recogida en el catálogo punitivo contenido en los arts. 39.b) y 46 del Código Penal y expresamente prevista en los delitos contra la libertad sexual, contra las relaciones familiares, dispuesta, como vimos con carácter facultativo y con exigencia de motivación expresa. También, con carácter genérico, es posible su imposición como pena accesoria a tenor de lo dispuesto en el art. 56 del Código Penal, pero, como se señala en la sentencia impugnada su imposi-

ción no puede tener un carácter automático, pues el automatismo aparece rechazado cuando el Código la prevé con carácter expreso, luego con mayor razón cuando su imposición procede de forma accesoria a una pena privativa de libertad inferior a 10 años.

Pero, sobre todo, hemos de tener en cuenta que el ordenamiento jurídico español, como antes señalamos, ha sido especialmente desarrollado en el ámbito protector de la infancia y adolescencia previendo la declaración de situaciones de desamparo de menores y de medidas correspondientes a esa situación con intervención de organismos e instituciones especializadas en su protección, entre ellas y de manera relevante en las causas penales, el Ministerio Fiscal quien deberá actuar las medidas de protección necesarias.

En el hecho probado se declara, en este sentido, que el juzgado acordó la suspensión de la guarda que tenían los padres y la atribuyó al organismo competente de la Comunidad Autónoma, declarando, días después, la situación legal de desamparo a partir de la que procederá la adopción de cuantas medidas de protección procedan, entre ellas la privación de la patria potestad que será acordada en el proceso civil que se tramita en el que intervienen cuantas instituciones están preordenadas para asegurar el interés del menor, que es el prioritario.

Sentencia 760/2003, Sala de lo Penal del TS, de 23 de mayo de 2003

DELITO CONTINUADO.

Art. 74 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

A propósito de un delito continuado de apropiación indebida, se divide la doctrina jurisprudencial en orden a la separación entre unidad y pluralidad

de delitos en los casos límite. Por otra parte, se analiza el sentido de la relación entre las disposiciones contenidas en los dos párrafos del art. 74 del CP, para el supuesto de delito continuado patrimonial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

La segunda cuestión se relaciona con la existencia de un delito continuado. La argumentación inicial del recurrente, en cuanto sostiene que la aplicación del artículo 250.6.º es prevalente respecto del artículo 74, no puede ser aceptada, pues se trata de disposiciones independientes cuya aplicación se produce en virtud de la concurrencia de elementos fácticos diferentes. La agravación citada atiende al valor de la defraudación, con independencia de que la conducta se haya desarrollado en uno o varios actos, mientras que el delito continuado supone la comisión de varias acciones u omisiones, con independencia de que la cuantía total alcance los límites que justificarían la aplicación de aquella agravación. Dicho de otra forma, el delito continuado es una sola infracción integrada por varias acciones u omisiones, a la cual se aplicará o no la agravación prevista en el artículo 250.6.º en función de la cuantía que alcance la defraudación. A su vez, la agravación es aplicable a cualquier hecho en el que concurran los requisitos, sea o no un delito continuado.

Sin embargo, aunque solo de forma indirecta, el recurrente suscita una cuestión de mayor interés en función del caso concreto, al referirse a la necesidad de que el delito continuado esté constituido por una pluralidad de acciones.

Se plantea si estamos ante varias acciones o ante una sola. Un sector doctrinal acude a la concepción natural de la vida para afirmar que estaremos ante una sola acción cuando se produzcan una serie de acontecimientos de significado unitario según el punto de vista social, siendo trascendente a

estos efectos que estén engarzados por un único propósito y presenten una conexión espacio-temporal. Se apreciarán varias acciones cuando el propósito se manifieste en momentos temporales separados.

Para otro sector, debe acudirse a las características del tipo penal en juego, siguiendo así un criterio jurídico para apreciar la unidad. La descripción típica es el marco que define el hecho o la acción, que, por tanto, queda configurada en atención a su relevancia para el derecho. En estos casos, la ley prevé la existencia de varios actos que son necesarios para integrar el tipo penal (STS n.º 1478/2000, de 30 de septiembre).

También se considera que existe unidad de hecho o de acción en sentido amplio cuando en un breve período de tiempo, de forma sucesiva, se reitera la misma acción típica guiada por un propósito único. Se habla en estos casos de unidad natural de acción. Señala la STS n.º 1937/2001, de 26 de octubre, y la STS n.º 867/2002, de 29 de julio, con cita de la STS n.º 670/2001, de 19 de abril, que el concepto de unidad natural de acción concurre cuando los mismos movimientos corporales típicos se reiteran en un mismo espacio y de manera temporalmente próxima (varios puñetazos seguidos configuran un único delito de lesiones y varias penetraciones seguidas un único delito de violación) de manera que para un observador imparcial el hecho puede ser considerado como una misma acción natural, careciendo de sentido alguno descomponerlo en varios actos delictivos (sentencias de 15 de febrero de 1997, 7 de mayo, 19 de junio y 14 de julio de 1999, y 4 de abril, 2 y 18 de julio de 2000). Este criterio se ha aplicado ocasionalmente al delito de falsedad (STS n.º 705/1999, de 7 de mayo), respecto del cual,

como han señalado las SSTs n.º 1937/2001 y la n.º 670/2001, de 19 de abril, antes citadas, cabría estimar que constituye unidad natural de acción inscribir dos firmas falsas en un mismo documento o suponer en un mismo acto la intervención de varias personas que no la han tenido, o incluso suscribir falsamente más de un documento en el curso de una única operación realizada simultáneamente o de modo inmediato. Como decía la STS n.º 1855/2000, de 4 de diciembre, “no se trata de que un solo hecho constituya dos o más delitos, sino de que nos encontremos ante una unidad de acción delictiva de tracto casi sucesivo que se concreta en una sola lesión al bien jurídico protegido, en función de la finalidad perseguida por el autor”.

Para apreciar el delito continuado, es necesario sin embargo que en el relato fáctico quede establecido con claridad que existió una separación temporal o espacio-temporal entre las distintas acciones consideradas, que permita afirmar la independencia ontológica de unas respecto de las otras, las cuales son también producto de distintos impulsos o actitudes psicológicas o motivacionales. Todas ellas, aisladamente consideradas reúnen los requisitos del tipo. Estaríamos, en principio, ante varios delitos, es decir, varias acciones constitutivas de delito, que por aplicación del derecho, del artículo 74 del Código Penal, vendrían a integrar un solo delito de carácter continuado, pues aquellos distintos impulsos formarían parte de un plan preconcebido o supondrían el aprovechamiento de idéntica ocasión.

Si esa separación entre unas y otras acciones no es posible, estaremos ante un supuesto de unidad de acción, que dará lugar a un solo delito.

En el caso actual, se dice en el hecho probado que el acusado expidió dos cheques a su favor, uno de fecha 23 de febrero y otro de fecha 1 de marzo, ambos del año 2000, que fueron cargados en la cuenta corriente de la empresa. Asimismo, se declara probado que dichos cheques fueron ingresados a través de compensación bancaria en una

cuenta de la que el acusado era titular. En principio, por lo tanto, se trata de dos acciones de apropiación diferentes, que tienen lugar en el momento en que cada cheque, de fechas diferentes, es cargado en la cuenta de la empresa e ingresado en la del acusado, pues es en ese momento cuando se produce el desplazamiento patrimonial. Esta interpretación de los hechos, que permite su calificación como delito continuado y no como un solo delito, es la aceptada por el Tribunal, que en la fundamentación jurídica señala que las apropiaciones se realizaron “mediante dos cheques, uno de fecha 23 de febrero de 2000, por importe de 15.200.000 ptas. y otro de fecha 1 de marzo de 2000, por importe de 22.800.000 ptas.”. El examen de la causa al amparo del artículo 899 de la LECrim., para comprobar si existen datos contrarios a tal apreciación del Tribunal que pudieran beneficiar al recurrente, no arroja resultados favorables a su tesis, pues la Sala ha podido comprobar que cada uno de los cheques fue presentado en el banco, cargado en la cuenta de la empresa y abonado en la del acusado, en su fecha, como implícitamente se ha aceptado en la sentencia.

(...)

Tercero.—(...)

Lo que plantea el Ministerio Fiscal es, en definitiva, cómo ha de entenderse lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal en orden a la determinación de la pena en los delitos continuados cuando se trata de delitos patrimoniales.

En este precepto se contienen dos reglas distintas para la determinación de la pena. En primer lugar, se dice en el apartado primero que la pena será la correspondiente a la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior. Podría decirse que esta previsión supone un examen de las diferentes infracciones y de su penalidad con carácter previo a su integración en un solo delito continuado, con la finalidad de determinar la pena procedente. Se llega así a una penalidad superior a la que podría corresponder a la infracción más grave aisladamente consi-

derada, pues es de tener en cuenta que al reproche que ésta merece se añade en el delito continuado el correspondiente a las demás infracciones integradas en él. En este sentido, numerosas sentencias de esta Sala han señalado que el delito continuado merece un mayor reproche que cada una de las distintas infracciones que lo integran aisladamente consideradas, (Cfr. STS n.º 136/2002, de 6 de febrero).

La segunda regla se refiere específicamente a los delitos patrimoniales y establece que, en éstos, la pena se impondrá teniendo en cuenta el perjuicio total causado. La expresión empleada no es del todo afortunada, pues lo trascendente no es, en realidad, solamente el perjuicio, que puede venir integrado por distintos elementos, sino también el importe de lo hurtado o robado o de la defraudación o apropiación, de modo que deberá entenderse en este sentido, (Cfr. artículos 235.3 y 250.6 CP). En esta clase de delitos se establece también que el Juez impondrá la pena superior en uno (obligatorio) o en dos grados (facultativo) en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas. Se construye así un bloque legal especialmente dedicado a los delitos continuados de carácter patrimonial, en el que se establece el sistema para determinar la pena básica y los supuestos de agravación.

La primera previsión de este segundo apartado, que es la que ahora nos interesa en función del caso concreto que examinamos, supone, de alguna forma, la agrupación de las distintas acciones u omisiones con la finalidad de determinar la pena aplicable. No se atiende, por lo tanto, a las penas señaladas a cada una de ellas aisladamente considerada. Y tiene una justificación evidente. En los delitos patrimoniales, la cuantía de lo hurtado, robado, defraudado o apropiado es un elemento acumulable entre las distintas infracciones y puede tener trascendencia para la determinación del tipo y, con él, de la pena aplicable. Véanse en este sentido los

artículos 234, 235, 241.1, 249, 250, 252 y 623 del Código Penal. Es por ello que si el delito continuado viene a ser una realidad jurídica integrada por conductas que por sí mismas constituirían varias infracciones, y que en virtud de la construcción legal constituyen una sola, es natural que para graduar su gravedad y con ella la entidad del reproche penal representado por la entidad de la sanción, se tenga en cuenta el total perjuicio causado, en terminología del Código Penal, para acudir a una u otra de las penalidades contenidas en las distintas figuras reguladas en él. Así, será posible considerar la existencia de un delito continuado cuando cada una de las infracciones aisladamente consideradas serían solamente constitutivas de falta y el total supere los límites legalmente establecidos; y será también posible calificar los hechos como una conducta de especial gravedad en atención a la cuantía total aun cuando tal calificación no fuera procedente respecto de cada una de las distintas infracciones, si fueran únicas. Ello sin perjuicio naturalmente de lo dispuesto en el artículo 66 del Código Penal para la individualización final de la pena.

La aplicación conjunta de los números uno y dos del artículo 74, supondría que en todo caso se ha de tener en cuenta el perjuicio total causado para determinar el precepto penal aplicable, y que, después, la pena en cada caso resultante debe imponerse en su mitad superior, lo cual conduce a resultados desproporcionados. Así, un delito continuado de apropiación indebida o estafa por un importe que no alcance la agravación de especial gravedad, sería siempre castigado con una pena comprendida entre dos años y tres meses a cuatro años, mientras que ese mismo delito cometido a través de una sola acción podría ser sancionado con una pena cuyo mínimo se situaría en seis meses. Pequeñas apropiaciones o estafas continuadas serían sancionadas con pena superior a la que podría corresponder al mismo importe o a una sustracción mucho mayor realizadas en un solo acto, aun cuando fuera merecedo-

ra de la agravación del artículo 250. En estos casos no existe infracción del principio *non bis in idem*, aunque sí puede verse afectado el principio de proporcionalidad.

La segunda regla, contenida en el apartado segundo del artículo 74, distinto e independiente del anterior, debe excluir a la primera, no sólo para evitar esos efectos, sino principalmente por su especialidad, de modo que en los delitos patrimoniales no es preceptivo imponer la pena en su mitad superior, una vez que se ha tenido en cuenta el perjuicio total causado para determinar cuál es el precepto aplicable y la pena procedente. Una línea jurisprudencial, que puede considerarse mayoritaria, ha venido considerando, según decíamos en la STS n.º 1510/2002, de 24 de septiembre, “la norma del artículo 74.2 CP como especifica de las infracciones contra el patrimonio y que por ello desplaza la genérica del artículo 74.1, de tal modo que no es obligado imponer la pena señalada para la infracción más grave en su mitad superior cuando se trate de infracciones continuadas contra el patrimonio (SSTS 443/1999, de 17-3, 1247/1999, de 28-7, 1092/2000, de 19-6, 295/2001, de 2-3, 1085/2001, de 7-6, 2185/2001, de 21-11-2001 o 1271/2002, de 8-7)”. De la misma forma, otras muchas, entre ellas, además de las citadas en la anterior Sentencia, la STS n.º 2106/2002, de 12 de diciembre; STS n.º 2028/2002, de 2 de diciembre; STS n.º 1753/2002, de 22 de octubre; STS n.º 1297/2002, de 11 de julio; STS n.º 807/2002, de 7 de mayo; STS n.º 746/2002, de 19 de abril; STS n.º 368/2001, de 5 de marzo; STS n.º 1092/2000, de 19 de junio; STS n.º 1424/2000, de 22 de septiembre y STS n.º 1247/1999, de 28 de julio.

En este sentido se ha dicho que no es posible aplicar la agravación del apartado primero del artículo 74 cuando se trata de distintas faltas que, al ser consideradas en su conjunto (el perjuicio total causado), vienen a ser constitutivas de un solo delito continuado. Tampoco será posible hacerlo cuando infracciones que aisladamente consideradas no merecerían la agravación en atención

a la especial gravedad (artículos 235.3 y 250.6) vienen a revestir ese carácter cuando se tiene en cuenta la cantidad total objeto del delito. En estos casos, se ha afirmado que la aplicación de la segunda agravación vendría a suponer una infracción, de un lado, del principio “*non bis in idem*”, al valorar en dos ocasiones el mismo dato con efectos agravatorios distintos, y de otro lado, como ya se dijo más arriba, del principio de proporcionalidad, pues en esos casos sería posible que una infracción de mayor gravedad en atención a la cuantía fuera castigada con pena inferior a la que correspondería a un delito continuado integrado por la suma de unas infracciones aisladamente constitutivas de falta, (cfr., por ejemplo, la STS n.º 1424/2000, de 22 de septiembre).

La cuestión puede plantearse con otros matices en los casos en los que cada una de las infracciones, aisladamente considerada, sea acreedora de la agravación por la especial gravedad. En esta materia se han mantenido criterios parcialmente diferentes, pues partiendo de la existencia de dos reglas distintas para la determinación de la pena del delito continuado, en ocasiones se ha entendido que, si bien en principio no es posible aplicar la regla del apartado primero en los casos de delitos continuados de carácter patrimonial, sin embargo tal posibilidad surge de nuevo cuando cada una de las infracciones aisladamente consideradas ya merecían la calificación de especial gravedad en atención a la cuantía. Así, en la STS n.º 482/2000, de 21 de marzo, se dice lo siguiente: “En los delitos continuados contra el patrimonio, la jurisprudencia de esta Sala, en virtud de los principios antes señalados, ha entendido que la naturaleza de las conductas, plurales pero unificadas, posibilita que el resultado producido sea tenido como un conjunto de las distintas acciones, lo que permite bien la consideración de delitos lo que eran resultados típicos de falta, bien la consideración de especial gravedad (arts. 529.7 CP/1973 y 250.6 CP/1995) lo que hasta entonces, y teniendo en cuenta el resultado individualizado, no lo era. Esta pre-

visión sobre la consideración conjunta del resultado permite satisfacer el mayor reproche derivado de la naturaleza continuada de las conductas (SSTS 23-12-1998 y 17-3-1999). En este sentido, el Pleno no jurisdiccional de la Sala II, de fecha 27 de marzo de 1998, declaró que ‘en el caso de varios hurtos la calificación como delito o falta deberá hacerse por el total sustraído si previamente a esa valoración económica se ha apreciado continuidad en las acciones sucesivas realizadas’. Consecuentemente, la consideración del total perjuicio causado por varias conductas realizadas en ejercicio de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, satisface, en términos generales, las exigencias penológicas del delito continuado. A lo anteriormente señalado se excepciona aquellos supuestos en los que las distintas conductas constitutivas de un delito continuado patrimonial individualmente analizadas son, por sí mismas, causantes de un perjuicio que permite aplicar el reproche previsto en la norma por su consideración agravada por su especial gravedad. Concretamente, en el delito de estafa si cada una de las conductas, aisladamente consideradas, determina un resultado de especial gravedad, el ‘plus’ que supone su reiteración, aprovechando idénticas circunstancias o en ejecución de un plan preconcebido, merece la aplicación de la regla específica prevista en los párrafos primero de los arts. 69 bis o 74.1 de los Códigos Penales pues la norma específica que estos artículos contemplan, la consideración del perjuicio total causado, no satisface en su integridad el contenido del injusto marcado en los presupuestos del delito continuado’. En el mismo sentido la STS n.º 1284/2002, de 8 de julio; 136/2002, de 6 de febrero; 1411/2000, de 15 de septiembre, y otras.

Otra línea jurisprudencial, como ya hemos visto, no distingue entre unos y otros supuestos. En estos casos, la individualización de la pena deberá hacerse conforme a las reglas del artículo 66 del Código Penal, es decir, teniendo en cuenta la mayor o me-

nor gravedad del hecho, entre otras circunstancias valorables. Pero el Tribunal sentenciador puede recorrer toda la extensión de la pena legalmente marcada, sin estar constreñido por la exigencia imperativamente dispuesta en el epígrafe primero de fijar aquella en su mitad superior, (STS n.º 2028/2002, de 2 de diciembre; STS n.º 1753/2002, de 22 de octubre; STS n.º 1510/2002, de 24 de septiembre, entre otras).

Por las razones antes expuestas, como complemento a las contenidas en las sentencias referidas, esta línea mayoritaria es la que se sigue en esta Sentencia, de forma que se entiende que, en los delitos patrimoniales de carácter continuado, la pena se determina conforme al apartado 2 del artículo 74, sin que sea de aplicación la norma del apartado 1. En el caso actual, el Tribunal ha valorado la cuantía total de lo apropiado para aplicar la agravación prevista en el artículo 250.6.º del Código Penal, sin aplicar seguidamente el apartado primero del artículo 74 en cuanto obliga a imponer la pena en su mitad superior, por lo que ha actuado correctamente de acuerdo con la doctrina mayoritaria, lo que da lugar a la desestimación del motivo.

Es de tener en cuenta, sin embargo, que la valoración de la cuantía junto con la reiteración de la conducta, así como las demás circunstancias de los hechos, deben valorarse adecuadamente por el Tribunal de instancia en el momento de individualizar la pena en cada caso, con la finalidad de ajustar a cada conducta, considerada en su globalidad, el reproche que merece.

La facultad de individualizar la pena corresponde al Tribunal de instancia. Su revisión solo es posible en trámite casacional en cuanto que no haya atendido correctamente a las reglas legales para la determinación de la pena, o bien, cuando dentro del grado correspondiente, haya acudido a criterios jurídicos extravagantes o notoriamente improcedentes, erróneos o arbitrarios, pues este Tribunal, dentro de su función revisora, debe corregir los errores o las arbitrariedades

que resulten patentes. (STS n.º STS n.º 458/1994, de 7 de marzo).

En este caso, la sentencia dictada por el Tribunal de instancia no contiene razonamiento alguno acerca de las razones existentes para imponer las penas en una determinada extensión. Incumple así la reiterada doctrina de esta Sala en cuanto a la necesidad de motivar la pena, aunque no podemos extraer consecuencias de ello, ya que el con-

denado no ha realizado alegación alguna en este aspecto. La decisión del Tribunal puede considerarse benévola en atención al importe total de la cantidad apropiada y a la existencia de otra agravación (artículo 250.3.º), pero ha sido individualizada dentro de los márgenes que autoriza la ley, y no existen otros datos que permitan valorarla como arbitraria, lo que impide una modificación en sede casacional.

Sentencia 780/2003, Sala de lo Penal del TS, de 29 de mayo de 2003

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO.

Art. 120.4.º Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano**

SÍNTESIS

Frente al criterio de la Sala de instancia, rechaza el Tribunal Supremo la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por un delito cometido por un penado en régimen de libertad condicional.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—(...)

1. Antes de acometer la decisión de fondo conviene dejar sentados ciertos conceptos que parece han ocasionado confusión en la resolución del problema jurídico, trasladando o intercomunicando criterios o principios propios de una materia a otra.

Debe quedar deslindada la responsabilidad civil derivada de una actuación más o menos negligente en el desempeño de las funciones por parte de personas dependientes del Estado, de la responsabilidad civil

subsidiaria dimanante de delito. Esta última tiene su origen, presupuesto y razón en la comisión de un delito.

Por otro lado, tampoco debemos confundir la interpretación flexible y progresista a la hora de exigir responsabilidades al Estado, acorde con la creciente objetivación de la causa generadora de la misma, por una parte, y el cauce procesal adecuado para exigirla, por otra. La flexibilidad en la aplicación de los criterios de culpa “in vigilando” o “in eligendo”, apuntando a responsabilidad de orden cuasi-objetivo, no significa que tal flexibilidad interpretativa debamos

extenderla al cauce procedimental a través del cual debe exigirse.

Tampoco cabe poner en entredicho que los principios que deben regir la responsabilidad civil subsidiaria, dimanante de delito, sean los del orden civil, salvo especiales precisiones legales en la normativa penal.

2. Hechas las anteriores consideraciones, el Tribunal Superior de Justicia ha fundamentado la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en el art. 120.4 C.Penal. Aun aceptando la flexibilidad interpretativa de la que ha usado el Tribunal Superior para eludir la aplicación del art. 121 del nuevo Código, los condicionamientos de uno y otro precepto apenas difieren, en tanto en cuanto los principios en que se asienta tal responsabilidad civil son los mismos.

Estimando correcta la afirmación de que entre las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio puede hallarse el Estado, la razón de tal garantía patrimonial subsidiaria —caso de comisión de delitos generadores de daños y perjuicios indemnizables— reside en el principio de que quien se beneficia de las actividades de otro que puedan generar daños a terceros, viene obligado a asumir la carga económica derivada de la indemnización de aquéllos, por insolvencia del responsable material.

Los requisitos para que se produzca el nacimiento de tal responsabilidad son los siguientes:

a) la existencia de una relación de dependencia entre el autor del delito o falta y la persona individual o jurídica bajo cuya dependencia se halla. Sobre este elemento la interpretación jurisprudencial ha sido flexible, alcanzando tal situación de dependencia a cualquier relación jurídica o de hecho, o cualquier otro vínculo por el cual el autor del delito se halla bajo la dependencia onerosa o gratuita, duradera y permanente o puramente circunstancial o esporádica; o al menos, que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realiza el autor del hecho delictivo cuente con el beneplácito o

aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario.

b) que el agente de la actividad delictiva actúe dentro de las funciones de su cargo, aunque sea extranscendiendo en ellas. Es preciso, por consiguiente, en lo atinente a este elemento constitutivo, que el delito que genera una y otra responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas en el seno de la actividad, cometido o tarea confiados al infractor.

3. De conformidad a lo hasta ahora dicho, es visto que en modo alguno (desde el punto de vista técnico jurídico y del más elemental respeto al principio de legalidad) el supuesto que nos atañe se halla contemplado en el art. 120.4, ni en el 121. La posible conexión y relación entre el condenado, al que le ha sido concedida y disfruta de la libertad condicional y el Estado, no se acomoda en absoluto al presupuesto normativo que contempla el precepto, que pretende ser basamento de la responsabilidad civil subsidiaria.

El delito fue consecuencia de la libre decisión (culpabilidad) del liberado condicionalmente que no actuaba por cuenta y orden del Estado, ni desarrollaba una actividad pública o social, patrocinada o tutelada por aquél.

La hipótesis típica exigiría que el delito productor de responsabilidad civil lo hubieran cometido las autoridades o funcionarios penitenciarios (administrativos o judiciales) encargados del limitado control del condenado, o bien la autoridad judicial o funcionarios del Juzgado de Alcobendas, que conoció de las amenazas de que estaba siendo objeto la víctima, mucho antes de morir asesinada.

La acusación particular reconoce textualmente que “El Tribunal Superior realiza una interpretación analógica extensiva a supuestos no contemplados por la norma”.

Por su parte el Tribunal Superior también precisa que “el daño reclamado derivó del funcionamiento normal del sistema penal y

penitenciario legalmente establecido y no de infracción alguna imputable al mismo”.

4. La inaplicabilidad material del fundamento legal de la responsabilidad civil subsidiaria viene impuesta desde otras exigencias formales, propias del procedimiento.

En el proceso penal por Jurado el objeto procesal del mismo se configura a través de las pretensiones de las partes cuya estimación o desestimación tiene cumplido reflejo en los hechos probados que el Magistrado-Presidente concreta, de conformidad a los estrictos términos del veredicto.

De ese presupuesto fáctico nace o fluye, como natural consecuencia, la parte dispositiva de la sentencia o fallo.

El Magistrado-Presidente es el encargado de hacer —con base en las cuestiones admitidas como probadas, en particular, el hecho generador de la responsabilidad civil directa o subsidiaria— el pertinente pronunciamiento, como impone el art. 68 de la Ley de Jurado.

En el hecho probado 8.º, aparece la única referencia a una circunstancia, que según la tesis del Tribunal Superior, originaría la responsabilidad civil subsidiaria. Se dice simplemente que el día 13 de octubre de 1999 el acusado se hallaba en situación de libertad condicional, consecuencia de los dos delitos previamente cometidos (asesinato frustrado y tenencia ilícita de armas) cuya mención va dirigida a la estimación de la agravatoria de reincidencia.

Con esa referencia incidental, no puede construirse una responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

Los estrechos cauces del proceso penal sólo exigen el acreditamiento de la actividad profesional con ocasión de la cual o dentro de la cual se desarrolló el delito y la dependencia del delincuente al responsable civil subsidiario (empresa, entidad u organismo) como premisas de tal responsabilidad.

Habría que debatir y precisar la influencia y causalidad entre la actuación de la Magistrada-Juez del Juzgado de Alcobendas, en particular, su intervención profesional y decisiones judiciales adoptadas, falta de impulso procesal, dilaciones injustificadas, etc. con repercusión en la comisión del posterior delito, aspectos controvertidos que no se acomodan al trámite procedimental penal ni a las previsiones del art. 120.4 del CP.

Del mismo modo habría que examinar el grado de control que es pertinente ejercer sobre una persona que se halla en libertad condicional y las medidas posibles a adoptar, así como la repercusión, que de haberlas adoptado, hubieran tenido en la comisión del hecho, evitando o dilatando su ejecución. Téngase presente que el hecho delictivo se cometió a primeras horas de la madrugada, la preparación del delito se realizó a través del teléfono (las medidas de control penitenciario no alcanzan a la injerencia en la intimidad) y tampoco la víctima (engañada) podía prever que la cita a la que fue convocada tuviera ese fatal desenlace. Es evidente que tales aspectos, necesarios para responsabilizar al Estado, sólo pueden ser objeto de un proceso “ad hoc”, sin que quepa dilucidarlos en el proceso penal, que, insistimos, sólo atiende a la comisión constatada de un delito, al ámbito de la actividad en el que se comete y la dependencia del delincuente a la empresa o entidad por cuya cuenta o en beneficio de la cual se desarrolla esa actividad.

Los perjudicados, ante una posible insolencia del responsable civil directo o ante la inexistencia o insuficiencia de una reparación civil, prevista legalmente para víctimas de delitos violentos (Ley 35/1995, de 11 de diciembre), deberán tener reservadas y expeditas las demás vías procesales, que permitan a los familiares de la víctima resarcirse de las indemnizaciones que les correspondan.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia AP BARCELONA, Sec. 8ª, de 24 de mayo de 2002

DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA: CÁLCULO DE LAS BASES IMPONIBLES EN EL IVA A EFECTOS DE DETERMINAR LA CUOTA DEFRAUDADA.

Arts. 349 Código Penal 1973 y 305 Código Penal 1995

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Ramona Guitart Guixer**

SÍNTESIS

El empleo de uno u otro método para el cálculo de las bases imponibles del IVA arroja resultados diferentes para determinar la cuota defraudada, que es el elemento del tributo típicamente relevante a los efectos jurídico-penales. En este sentido, la sentencia que examinamos resuelve cuatro cuestiones principales: a) La determinación de la base imponible conforme al sistema de estimación indirecta (que es subsidiario respecto a los demás); b) El cálculo del IVA soportado cuando las compras se han verificado sin exigir factura; c) La aplicación del régimen de estimación directa; y d) El sistema de estimación del IVA soportado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Resulta probado que el acusado con la intención de aumentar sus bene-

ficios y sabedor de que con ello acarrearía un notable perjuicio a las arcas públicas, decidió falsear la realidad de los resultados económicos consignado en sus declaracio-

nes del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA, en adelante), cantidades inferiores a las efectivamente obtenidas, dando lugar con ello a unas bases imponibles y correlativamente a unas cuotas notoriamente menudadas.

(...)

Como resultado de todo la empresa dejó de ingresar la cantidad de 55.550.915 ptas., correspondientes al IVA de 1996.

Segundo.—La parte dispositiva de la sentencia recorrida es del tenor literal siguiente: “Que debo condenar y condeno a Luis Antonio, como autor responsable de dos delitos contra la Hacienda Pública, previsto y peñado en el art. 349 del Código Penal de 1973.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Limitado, el objeto del recurso a la determinación de la cuantía de la defraudación, la controversia se centra en la aplicación del régimen adecuado para el cálculo de las bases imponibles del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Se alza la representación procesal de la parte recurrente contra la sentencia de instancia sobre la base de los siguientes motivos: a) Determinación de la base imponible; b) Cálculo del IVA soportado; c) Improcedencia de la estimación directa; d) Estimación indirecta del IVA soportada.

Segundo.—a) Determinación de la base imponible: métodos.

En el primer motivo de apelación planteado por el recurrente se cuestiona la corrección del método seguido para la determinación de bases imponibles.

(...)

“La aplicación de la estimación indirecta es subsidiaria con respecto a los otros sistemas de determinación de bases imponibles.

(...)

Justificándose su aplicación “ante una ausencia absoluta de documentación contable y registral que permita ningún tipo de averiguación y esclarecimiento de las grandes diferencias patrimoniales que objetivamente se han puesto de manifiesto en el ejercicio de sus actividades empresariales en los ejercicios examinados, sin que para ellas tampoco haya podido aportar tan siquiera explicación con un mínimo de coherencia y apoyo en datos verificables o documentación de cualquier tipo que permita su comprobación.

(...)

La conclusión no puede ser otra que la procedencia de acudir a un régimen, el de estimación directa, para determinar el quantum de la cuota defraudada, por lo que el motivo de alegación debe ser desestimado.

Tercero.—b) Cálculo del IVA soportado.

(...)

La actividad ejercida por “Mare Nostrum, S.L.”, durante los años, 1994, 1995, y 1996 se caracteriza por haber realizado ventas que no declaraba y haber repercutido IVA a las ventas sin ingresarlo en la Hacienda Pública.

Esta interpretación parece, pues correcta, habida cuenta que se ha reconocido por el imputado que las compras de bienes las realizaba a empresarios del sector a los que pagaba sin reclamar factura. (...) En el acto del juicio oral, el recurrente ratificó sus anteriores manifestaciones, en el sentido, de reconocer la divergencia entre las operaciones realmente efectuadas y las operaciones de compra y venta declaradas a Hacienda a fin de aumentar sus beneficios. Estos extremos fueron ratificados en el acto del juicio oral por el perito-testigo, al señalar que el desfase había sido reconocido por el propio acusado cuando se iniciaron las actividades de inspección, y que pretendía con esta conducta aumentar los beneficios.

(...)

En definitiva, cabe entender que el recurrente no soportó el Impuesto sobre el Valor

Añadido repercutido por sus proveedores, y sí en cambio consta documentalmente que repercutió dicho impuesto a sus clientes, razón por la cual cabe afirmar que se enriqueció en el importe no ingresado en el Tesoro Público. Decir, por último, respecto a este extremo que la Administración Tributaria ha computado, a través del régimen de estimación directa, todos los importes de IVA soportado.

Cuarto.—c) Improcedencia de la estimación directa.

Se pretende por el recurrente como tercer motivo de apelación determinar la improcedencia de la estimación directa en el Impuesto sobre el Valor Añadido.

(...)

Por lo que se refiere a este motivo, la corrección del método seguido por los inspectores y la fiabilidad de los resultados así obtenidos es sustancialmente aceptable para este Tribunal. Ante todo, es indudable que el empleo de un procedimiento de valoración indirecta —pretensión del recurrente— no puede ofrecer unos resultados tan precisos y exactos que cuando el método utilizado es indiciario o indirecto. Esta apreciación es especialmente aplicable al Informe de Inspección, al no apreciarse los defectos de contabilidad para autorizar el acceso al régimen de estimación indirecta.

Quinto.—d) Estimación indirecta del IVA soportado.

Finalmente, también se plantea por la parte recurrente la indebida aplicación del régimen de estimación del IVA soportado. Se cuestiona, una vez más, la cuantificación de la cuota defraudada por haberse efectuado sin deducción de las cuotas correspondientes al IVA soportado por las compras afectadas, cuando ante la ausencia total de contabilidad y facturas, debía practicarse conforme al régimen de estimación indirecta, en cuyo caso, deduciéndose el IVA soportado, no se superaría el límite de los cinco millones de pesetas que separan el delito contra la Hacienda Pública de la infracción

administrativa. Con fundamento en esta afirmación se pretende imputar a cada una de dichas actividades determinados rendimientos que, considerados separadamente, arrojarían un resultado de cuotas dejadas de ingresar en el Tesoro Público inferiores a los cinco millones de pesetas para cada impuesto y ejercicio.

(...)

Así la cuestión, como ya hemos dicho y como de una reiterada Jurisprudencia se deduce con claridad que el régimen de estimación indirecta, para el caso que nos ocupa (estimación indirecta del IVA soportado) tiene un carácter excepcional que sólo procede cuando estén debidamente acreditadas las circunstancias que determinan su aplicación, sin que sea motivo para ello, como se alega por el informe pericial de la defensa, el simple incumplimiento de las obligaciones contables por parte del acusado o la falta de presentación de las correspondientes declaraciones, máxime cuando se deduce de las actuaciones inspectoras, que la Agencia Tributaria disponía de información suficiente, tanto para los datos aportados por el propio acusado en la tramitación del expediente como los obtenidos a través de su actividad investigadora, que posibilitaron la determinación de las bases imponibles en régimen de estimación directa, sin que concurrieran por tanto, las circunstancias excepcionales que lo impedirían, motivo por el cual no es de aplicación las Sentencias que acompañan al recurso de apelación, pues todas ellas se refieren a supuestos en los que la Administración le resultó imposible conocer los datos necesarios para la determinación de las bases imponibles y los rendimientos, lo que no se contempla en el supuesto objeto de este recurso.

(...)

Octavo.—Los hechos declarados probados integran el delito contra la Hacienda Pública, previsto en el art. 349 del Código Penal de 1973, en su redacción dada por la Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril, de aplicación más favorable a la resultante de su mo-

dificación por la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, por cuanto estableciendo las mismas penas y aunque en esta última se fijara un límite cuantitativo más elevado a la infracción (pasando de 5 a 15 millones) la previsión en ella de un subtipo agravado por la entidad de la defraudación podría convertirla en menos favorable en los supuestos como en el presente de superación amplia

de dicho límite; y más favorable asimismo respecto del actualmente vigente art. 305 del CP 1995 por auténticas razones y porque su aplicación, en la consideración de sus normas completas como exige su Disposición Transitoria Segunda, significaría en abstracto una determinación y un cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad más dilatado en el tiempo.

Auto AP BARCELONA, Sec. 10.ª, de 12 de julio de 2002

PRESCRIPCIÓN DEL DELITO: DIES “A QUO” Y “A QUEM”. CÓMPUTO SOBRE EL SUBTIPO CUALIFICADO.

Arts. 131 y 132 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Planchat Teruel**

SÍNTESIS

El término inicial o “dies a quo” para el cómputo del plazo de prescripción es el del “día en que se haya cometido la infracción punible” (art. 132.1 del CP). En este caso desde que se hubiesen comunicado los delitos de estafa y alzamiento de bienes a que se refiere la querrela. Más problemática es la interpretación del “dies ad quem” cuando el plazo se interrumpe “cuando el procedimiento se dirija contra el culpable”. Siguiendo la línea jurisprudencial y doctrinal mayoritaria, resuelve la Sala que, en los supuestos en los que el procedimiento se inicia por querrela, dicho día es el del auto de admisión de la misma.

La pena a considerar —para calificar de una u otra forma el delito a efectos de atribuirle uno u otro plazo de prescripción— es la pena abstracta, es decir, sin tener en cuenta circunstancias agravantes, salvo que dichas circunstancias no sean simplemente modificativas de la responsabilidad sino esencialmente constitutivas de un subtipo agravado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.—Ciñe la parte apelante la disidencia respecto a la decisión judicial de ar-

chivo el cómputo temporal del plazo prescriptivo, entendiendo que el término legal no se ha rebasado en función de los hechos de la querrela.

Abundando en los razonamientos dispensados en la resolución impugnada debe señalarse con carácter general que entre la doctrina casacional próxima señaló la STS de 13 de octubre de 1995 en orden al instituto de la prescripción que “en el campo penal, tiene declarado esta Sala que el mismo responde a la necesidad de que no se prolonguen indefinidamente situaciones jurídicas expectantes del ejercicio de acciones penales, que sólo pueden poner en actividad a los órganos de justicia de ese orden impulsadas dentro de los plazos que, según la trascendencia de la infracción delictiva, establece el ordenamiento jurídico; teniendo su fundamento en el aquietamiento de la conciencia social y de la intranquilidad producida, en las dificultades de prueba y en la enmienda que el tiempo produce en la personalidad del delincuente (...) es acertado no emplear interpretaciones restrictivas de esta institución, habida cuenta de la naturaleza de la misma, que concuerda con los fines de la pena y con el resultado que la acción del tiempo ejerce sobre la conciencia social perturbada (...)”.

Segundo.—Respecto del “dies a quo” del plazo de prescripción debe éste venir referido a la producción que de los hechos se reseña en la misma querrela inicial de los presentes autos. En la misma se indica que fruto de relaciones comerciales habidas entre la entidad querellante y Gial S.L. (que se remontan a abril de 1993) surgió determinado débito a favor de aquella que, tras sucesivos aplazamientos, vencían en enero de 1994 época en la que, continúa, la empresa deudora ya ha desaparecido habiéndose constituido otra (Seicon) por los querrellados con idéntico objeto social en noviembre de 1993.

Por otra parte, producida en la concreción de la fecha “a quo”, debe entenderse como “dies ad quem” la fecha de admisión a trámite de la querrela que es lo que responde a la expresión legal que “el procedimiento se dirija contra el culpable” (toda vez que en el presente supuesto ninguna duda aflora en

el momento de entender designados concretamente a los querrellados), teniendo en todo caso presente que no es pacífica la doctrina de los autores siquiera a la hora de convenir en lo que deba entenderse como procedimiento” si bien un sector que pudiere considerarse mayoritario lo asimila a cualquiera de las actividades instructoras que describe la Ley de Enjuiciamiento Criminal sin que la doctrina legal tampoco resulte en este punto completamente uniforme (a salvo de determinados extremos como p.e. excluir de la virtualidad interruptora la incoación de cualquier procedimiento distinto al penal —por todas STS de 10 de junio de 1990—), si bien el mayor número de resoluciones estiman iniciado el procedimiento por la presentación de la denuncia o querrela y, más concretamente las últimas, la fecha de su admisión (STS de 21 de enero y 23 de febrero de 1993). Esa fecha es, en las presentes actuaciones, el día 18/11/1999.

Los delitos imputados son de estafa y de alzamiento de bienes, ambos de naturaleza grave conforme a la clasificación que a tales efectos realiza en Código Penal actualmente en vigor en función de su penalidad (uno a cuatro años de prisión) y del que ninguna parte procesal discute su aplicabilidad a la presente causa. Conforme al dictado del art. 131.1 aquellos delitos graves cuya penalidad no exceda de cinco años de prisión (“los restantes” posee un plazo de prescripción de cinco años, plazo legal que a todas luces se ha producido en el presente supuesto. En efecto, teniendo por “dies a quo” en el delito de estafa el vencimiento de los recibos (enero de 1994) la admisión a trámite de la querrela no se produce hasta transcurridos con creces los cinco años, incluso su mera presentación (de acogerse esa línea de razonamiento) lo sería cumplido el repetido plazo (registrada el 18/6/1999); y otro tanto cabría decir (con mayor énfasis) del alzamiento de bienes puesto que necesariamente debería asimilarse la producción de dicho injusto cuando menos a la constitución de la nueva Sociedad (noviembre de 1993).

Se alega por la representación apelante que, respecto de la estafa, el término de prescripción sería el de diez años toda vez que concurre la modalidad agravada del art. 250.1.7.º elevando la penalidad hasta seis años de prisión. Es cierto que en las formas agravadas de los delitos opera término de prescripción propio a la penalidad de aquellas (esto es, no la abstracta asignada al tipo básico) y así lo tiene declarado la jurisprudencia más reciente estableciendo la STS de 22 de febrero de 2000 que “es criterio jurisprudencia) y doctrinal que las penas que refiere el art. 113 del Código Penal aplicado a los hechos son las penas previstas a los tipos penales, la pena abstracta correspondiente al delito, sin tener en cuenta la resultante de circunstancias modificativas de la responsa-

bilidad criminal (STS 17.3.1998). Ahora bien, los denominados tipos agravados, por la concurrencia de elementos típicos que se incorporan a un tipo básico, forman una tipicidad distinta con una distinta consecuencia jurídica”. En ello no cabe compartir el razonamiento que dispensa a la cuestión el Auto apelado pero sí, en cambio, añadir que el supuesto de hecho que permite la apreciación de la modalidad delictiva agravada debe necesariamente contenerse en la querrela, lo que no es así puesto que no aparece por ningún pasaje de la misma que la relación comercial mantenida que derivó en la deuda obedeciere, fuera de relaciones personales, a un aprovechamiento de credibilidad empresarial.

El recurso debe por tanto ser desestimado.

Auto AP BARCELONA, Sec. 5.ª, de 29 de julio de 2002

COMUNICACIÓN DE UNA ANOTACIÓN DE SANCIÓN OBRANTE EN LOS REGISTROS ADMINISTRATIVOS DE TRÁFICO: DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS.

Art. 197 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Albert Pons Vives**

SÍNTESIS

La parte apelante estima que el escrito remitido desde las oficinas de la Policía Local al Ayuntamiento se confeccionó a partir del acceso indebido a los registros de tráfico. El auto realiza un concienzudo estudio de la normativa de protección de datos y la administrativa referente a los registros de sanciones de tráfico, considerando que, indiciariamente, los hechos podrían ser constitutivos de un delito de revelación de secretos; sin embargo, no puede equipararse el ejercicio del cargo administrativo de Director General de Tráfico (responsable del Registro) con la automática asunción de responsabilidad

des penales, si se produjese una filtración en la gestión de los datos: ello contradiría el principio de culpabilidad penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.—(...)

El apelante afirma que ciertas personas del Ayuntamiento tuvieron un acceso ilegítimo a los registros donde constaba la condena del mismo por un delito contra la seguridad del tráfico.

Si bien es cierto, como afirma el Juez a quo en el Auto recurrido, que el artículo 2 del Reglamento General del Vehículos, aprobado por Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, establece el Registro de Vehículos es público, cabe constatar que la anotación de una infracción administrativa o penal, derivada de un hecho relacionado con el tráfico, se realiza en el Registro de Conductores e Infractores, regulado en el Título V del Reglamento General de Conductores, aprobado por Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo.

La letra i) del artículo 86 del Reglamento General de Conductores establece que en el Registro General de Conductores e Infractores constarán las “condenas judiciales que afecten a la autorización administrativa para conducir y las sanciones administrativas que sean firmes impuestas por infracciones graves y muy graves”, extremo que concuerda en lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 798 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispone que la ejecución de las condenas de privación del permiso de conducir serán comunicadas a la Autoridad administrativa de tráfico competente.

Asimismo, el apartado segundo del artículo 85 del citado Reglamento General de Conductores dispone que “el titular del órgano responsable del Registro o fichero automatizado adoptará las medidas de gestión y organización que sean necesarias para asegurar, en todo caso, la confidencialidad, se-

guridad e integridad de los datos automatizados de carácter personal existentes en el registro y el uso de los mismos para las finalidades para las que fueron recogidos, así como las conducentes a hacer efectivas las garantías, obligaciones y derechos reconocidos en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación y Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, y en sus normas de desarrollo”. Dicha referencia a la Ley Orgánica de 29 de octubre de 1992 debe entenderse ahora realizada a Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, toda vez que esta norma deroga la Ley Orgánica de 29 de octubre de 1992.

El apartado quinto del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, dispone que “los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras”. Asimismo, el artículo 11 de la misma disposición establece que la cesión de datos personales a un tercero sólo podrá realizarse previo consentimiento del interesado, exceptuando de dicho consentimiento “cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas”, este extremo concuerda con lo previsto en el apartado cuarto del artículo 136 del Código Penal de 23 de noviembre de 1995, según el cual “las inscripciones de antecedentes penales en las distintas Secciones del Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia sólo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los ca-

sos establecidos por la Ley. En todo caso, se librarán las que soliciten los Jueces o Tribunales, se refieran o no a inscripciones canceladas, haciendo constar, expresamente, si se da, esta circunstancia”.

Por su parte, el apartado cuarto del artículo 19 del Reglamento de Procedimiento Sancionador en Materia de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto 320/1994, de 25 de febrero, dispone que “los datos relativos a las sanciones anotadas en los Registros sólo se certificarán a petición del propio interesado, de las autoridades judiciales o de las administrativas con potestad sancionadora en materia de tráfico y transcurrido el plazo a que se refiere el número 1 de este artículo, únicamente podrán utilizarse por la Dirección General de Tráfico para fines estadísticos o de gestión reglamentaria”. El plazo previsto en el apartado primero del citado artículo 19 consiste en seis meses desde el total cumplimiento o prescripción de la sanción.

(...)

Segundo.—La parte apelante considera que el escrito remitido desde las oficinas de la Policía Local del Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallés al Juzgado de lo Penal n.º 23 de Barcelona, cuyas fotocopias constan en los folios 10 a 12 de autos y que fueron aportadas por el apelante en su escrito de denuncia inicial, se confeccionó a partir del acceso indebido a los registros de tráfico.

Si analizamos dicho escrito, debemos llegar a la conclusión de que no podemos considerar que sea una denuncia, toda vez que el artículo 266 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que la denuncia deberá estar firmada por el denunciador y, si no pudiese hacerlo, por otra persona a su ruego. Sin embargo, el presente escrito, según la fotocopia aportada por el apelante en su querrela, es anónimo. Por otra parte, tampoco podemos considerar que dicho escrito sea un atestado, toda vez que el artículo 293 del cuerpo procesal penal dispone que “el atestado será firmado por el que lo haya exten-

dido, y si usare sello lo estampará con su rúbrica en todas sus hojas”. Asimismo, tampoco podemos considerar que nos encontremos ante un acto administrativo dictado dentro de las potestades sancionadoras en materia de tráfico atribuidas al Ayuntamiento, toda vez que su carácter anónimo, ignorando la autoridad o funcionario público que lo haya dictado, infringe normas esenciales del procedimiento administrativo.

(...)

Así pues, el escrito remitido desde el Ayuntamiento al Juzgado de lo Penal no reviste las formalidades para poder ser considerado un acto emanado de una Administración pública y, correlativamente, el conocimiento que hubiese tenido su autor de los datos obrantes en el Registro de Conductores e Infractores para la creación del mismo, no estaría cubierto por la justificación prevista en el Reglamento del Procedimiento Sancionador en Materia de Tráfico.

Así pues, cabe considerar que los hechos imputados en la querrela pueden ser constitutivos “prima facie” de un delito de revelación de secretos, previsto y penado en el artículo 197 del cuerpo penal material.

Tercero.—Sin embargo, debemos señalar que el apelante en su querrela no afirma que los datos obtenidos para realizar el escrito dirigido al Juzgado de lo Penal fuesen suministrados personalmente por el Director General de Tráfico.

(...)

Sin perjuicio de que el Director General de Tráfico sea la autoridad responsable del Registro de Conductores e Infractores, no puede equipararse el ejercicio de este cargo administrativo con la automática asunción de responsabilidades penales si se produjese una filtración en la gestión de datos de los registros que se encuentran bajo su responsabilidad, toda vez que este planteamiento sería frontalmente contradictorio con el cardinal principio de culpabilidad penal.

(...)

Sin embargo, cabe señalar que la manifestación de unos hechos típicos ante el Juez de Instrucción constituye una denuncia, artículos 265 y 266 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que la denuncia es esencia la comunicación de unos hechos que presuntamente son ilícitos. Ante la comunicación de una noticia criminis el Juez de Instrucción debe iniciar el proceso, artículos 269, 303 y 308 en relación con el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así pues, si bien la querrela no reúne la forma suficiente para poder producir los efectos propios de la misma, el ejercicio de las acciones penales y civiles ex delicto, artículo 270 del cuerpo procesal penal, sí que se configura como la exposición de unos hechos típicos que materialmente constituye el contenido de una de-

nuncia, artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(...)

FALLAMOS

La Sala, por ante mí, la Sra. Secretaria, dijo, que debía estimar y estimaba parcialmente interpuesto por D. Enrique, representado por Dña. Roser contra el Auto dictado en las Diligencias sobre descubrimiento y revelación de secretos, y; correlativamente, lo debemos revocar y revocamos, así como el Auto del que trae causa, en el sentido de que incoe las correspondientes diligencias previas para la averiguación del hecho presuntamente delictivo y sus posibles responsables, dando a la querrela interpuesta la valoración de simple denuncia.

Auto 735/2002, AP VIZCAYA, Sec. 1.ª, de 24 de septiembre de 2002

APLICACIÓN DEL INTERÉS POR MORA DEL 20% AL TRAMO QUE EXCEDA DE DOS AÑOS.

Art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro

Ponente: **Ilm. Sra. Dña. Reyes Goenaga Olaizola**

SÍNTESIS

Al contrario que otras Secciones de esta Audiencia, en la sentencia se declara que una vez transcurridos dos años de mora sin que la Aseguradora haya abonado o afianzado la indemnización derivada de accidente de tráfico, el tipo del 20% de interés se aplicará en dos tramos, el interés legal incrementado en un 50% hasta los dos años del siniestro y uno no inferior al 20% a partir de entonces. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia 326/2002, de 27 de septiembre, de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.—(...)

Consideramos que el art. 20.4° LCS impone un interés por mora que debe ser aplicado en dos tramos: el primero hasta los dos años de ocurrido el siniestro, en que se impondrá el interés legal del dinero incrementado en un 50% y otro tramo, una vez transcurridos dos años, en el que se impondrá un interés no inferior al 20%.

(...) a nuestro entender (...) se sanciona de manera gradual el incumplimiento en el que incurre el obligado al pago, incrementando

considerablemente el interés una vez superado un plazo que se considera más que razonable para abonar los importes de la indemnización.

(...) si bien el interés legal no puede ser inferior al 20%, al haber transcurrido más de dos años desde la producción del siniestro, no obstante, dicho porcentaje debe aplicarse a partir de los dos años, por cuanto el cómputo de los intereses ha de hacerse por días, lo que implica que, desde la producción del siniestro hasta los dos años, el interés a aplicar es el legal del dinero incrementado en un 50%.

EXTRACTO DE LA SENTENCIA 326/2002, DE LA AP DE MADRID
(SECCIÓN 15.ª), DE 27 DE SEPTIEMBRE,
SOBRE LA MISMA MATERIA

Tercero.—(...)

Si bien el interés legal no puede ser inferior al 20%, al haber transcurrido más de dos años desde la producción del siniestro, no obstante, dicho porcentaje debe aplicarse a

partir de los dos años, por cuanto el cómputo de los intereses ha de hacerse por días, lo que implica que, desde la producción del siniestro hasta los dos años, el interés a aplicar es el legal del dinero incrementado en un 50%.

Auto 2520/2002, AP MADRID, Sec. 5.ª, de 27 de septiembre de 2002

VIGILANCIA PENITENCIARIA: CACHEOS CON DESNUDO DEL INTERNO.

Art. 62.2 del Reglamento Penitenciario

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vieira Morante**

SÍNTESIS

El auto de la Audiencia examina un caso particular —el cacheo desnudo de un interno al ingresar en un departamento de aislamiento para cumplir una sanción— al hilo del cual realiza una acabada exégesis del precepto del Reglamento Penitenciario y de la jurisprudencia constitucional al respecto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Plantea el interno una queja por haber sido desnudado, sin su consentimiento, al ingresar en el departamento de aislamiento para cumplir una sanción de 12 días.

Segundo.—El artículo 68 del Reglamento Penitenciario Registros, al regular los cacheos y requisas, establece en su apartado 2 “Por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento, se podrá realizar cacheo con desnudo integral con autorización del Jefe de Servicios”.

Seguidamente, el mismo artículo dispone en sus apartados 3 y 5 el modo de realizar ese registro personal y la documentación formal de tal actuación, al establecer que “el cacheo con desnudo integral se efectuará por funcionarios del mismo sexo que el interno, en lugar cerrado sin la presencia de otros internos y preservando, en todo lo posible, la intimidad” y que “de los registros, requisas, cacheos y controles citados se formulará parte escrito, que deberá especificar los cacheos con desnudo integral efectuados, firmado por los funcionarios que lo hayan efectuado y dirigido al Jefe de Servicios”.

De este precepto se deducen, pues, varias requisitos o presupuestos para la realización de los cacheos con desnudo integral. En primer lugar, respecto a los motivos que autorizan su realización, exige la especificación de las razones justificativas del cacheo y referidas al interno el cuestión, al señalar que deben ser “razones individuales y contrastadas” que hagan referencia a la posible tenencia de objetos o sustancias peligrosos o

prohibidos, lo que se opone a cualquier generalización de la medida. Respecto a los requisitos formales, obliga a una autorización previa del Jefe de Servicios y a la elaboración posterior de un parte dirigido a éste y firmado por los funcionarios que hayan practicado el cacheo. Y, en cuanto a las garantías en preservación de los derechos del interno, requiere la realización del cacheo por personas del mismo sexo, en un lugar adecuado en el que no pueda presenciar el cacheo mas que el reducido número de funcionarios que lo practiquen y de un modo que respete la intimidad del interno.

Todo estos requisitos han sido analizados por el Tribunal Constitucional, en sentencia de 28 de febrero de 1994, citada en la más reciente de 24 de julio del 2000 (n.º 204/2000). Señala primeramente esta sentencia que “la retención y custodia de los internos constituye una de las finalidades de la institución penitenciaria, lo que se traduce en el deber de las autoridades penitenciarias de organizar los adecuados sistemas de vigilancia y seguridad en los establecimientos al objeto de garantizar aquella finalidad” y citar los procedimientos o medidas establecidos en el art. 23 LOGP para atender a la seguridad y control de los centros (registros y cacheos en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen, los recuentos, así como las requisas de las instalaciones del establecimiento). Recuerda a continuación que “todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido, ha de atender a la proporcionalidad impone y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial”. Conforme a ello, reconoce tal resolución que “una medida de registro personal de los reclusos puede constituir, en determinadas situaciones, un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden de un establecimiento penitenciario”, pero que “al adoptar tal medida, es pre-

ciso ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, de otra parte si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger”; exigencia que requiere “la fundamentación de la medida por parte de la Administración Penitenciaria, pues sólo tal fundamentación permitirá que sea apreciada por el afectado en primer lugar y, posteriormente, que los órganos judiciales puedan controlar la razón que justifique, a juicio de la autoridad penitenciaria, y atendidas las circunstancias del caso, el sacrificio del derecho fundamental”. Y terminan ambas sentencias aplicando la doctrina anterior a los casos en ellas enjuiciados (cacheo con desnudo integral, practicado en una sala donde estaba separado el interno de los demás reclusos por un biombo, después de haber mantenido una comunicación íntima), y concluyendo que “no puede considerarse justificación suficiente de la medida la simple alegación de que en la generalidad de las prisiones las comunicaciones íntimas son el medio habitual para que los internos reciban desde el exterior objetos peligrosos o estupefacientes, pues tal afirmación sólo posee un carácter genérico, cuando lo relevante a los fines de justificar una medida que limita el derecho constitucional reconocido en el art. 18.1.º CE es, por el contrario, que se hubiera constatado por la Administración Penitenciaria que tal medida era necesaria para velar por el orden y la seguridad del establecimiento, en atención a la concreta situación de éste o el previo comportamiento del recluso”.

Tercero.—En el caso aquí examinado, los datos suministrados desde el centro penitenciario ponen de manifiesto las siguientes circunstancias:

— El cacheo con desnudo integral se realizó previamente al ingreso del interno en el módulo de aislamiento, de conformidad con la Orden de Dirección n.º 15/1995,

de 15 de marzo, en la que se establece que todos los internos que entren y salgan del departamento serán cacheados integralmente.

— Respecto al modo de realizarse el cacheo, se cumplió la Orden de Dirección n.º 52, de 30 de diciembre de 1994, que, al objeto de preservar la intimidad, obliga a dotar de batas a todas las dependencias donde se realicen los cacheos integrales, y se llevó a cabo en una dependencia aislada que consta de dos cabinas, independientes y sin posibilidad de visión, separadas por un tabique, de modo que la única persona que podía presenciarse era el funcionario que trataba de efectuarlo.

— Y, en cuanto a la motivación del cacheo integral, fue, según el informe del Director del Centro Penitenciario, la de buscar objetos prohibidos que pudiera llevar el interno escondido en su cuerpo (sustancias psicotrópicas y cualquier tipo de arma de fabricación carcelaria), y especialmente aquellos que pueden alterar la ya problemática convivencia de los internos ubicados en dicho departamento y causar graves alteraciones regiminales, teniendo en cuenta las características de los internos que alberga el departamento de aislamiento (sancionados o internos con limitaciones regiminales).

Cuarto.—A la vista de esos datos no puede afinarse que el cacheo se efectuara contraviniendo los derechos del interno.

Aunque no conste en el expediente la autorización previa del Jefe de Servicios ni el parte posterior de los funcionarios que realizaron el cacheo, la supuesta inexistencia de este parte sería una mera irregularidad formal subsanable que no arrastraría la nulidad del cacheo anterior, y la ausencia de esa autorización puede entenderse suplida por la Orden superior de la Dirección ordenando los cacheos en determinadas circunstancias.

Respecto al lugar en el que se practicó el cacheo, es de difícil (por no decir imposible) comprobación la alegación del interno de que se realizó ese registro en un pasillo, contrariamente a lo que señala el informe

del Director de que se efectuó en una dependencia aislada, por lo que tampoco puede aceptarse esta alegación del interno, sin perjuicio de encomendar especialmente a la Magistrada-Juez de Vigilancia Penitenciaria que compruebe personalmente la ubicación de esas cabinas y si son susceptibles de ser utilizadas en los cacheos de los internos ingresados en el módulo de aislamiento.

Pero realmente —reconocido incluso por el interno el suministro de una bata con la que pudo evitar la sensación de total desnudez durante la realización del cacheo— lo importante en este caso es determinar si puede considerarse suficiente fundamentación para ese registro el ingreso en un módulo de aislamiento y las características de los internos allí ingresados.

Ciertamente la realización sistemática de un cacheo de esas características a todos los internos que son ingresados en el módulo de aislamiento parece ir en contra del criterio individualizador que exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Pero si profundizamos en los argumentos dados por el Director del Centro Penitenciario para justificar esa medida, realmente llegamos a la conclusión que la motivación en tales casos

del cacheo no es más que la constatación de circunstancias que concurren en todos y cada uno de los internos que ingresan en ese departamento especial, y en la concurrencia de circunstancias siempre existentes en estas circunstancias que obligan a adoptar precauciones adicionales para evitar la introducción de objetos o sustancias prohibidos o peligrosos en unas dependencias reservadas precisamente a los internos más conflictivos.

En tal sentido, pues, tratándose en este caso de un interno que iba a ser ingresado en el departamento de aislamiento para cumplir una sanción de 12 días, el cacheo con desnudo integral acordado puede considerarse necesario, proporcionado e idóneo, en cuanto sólo a través del mismo se podía evitar la introducción de objetos o sustancias que podrían alterar la seguridad o la convivencia en ese departamento.

Quinto.—Lo anterior conduce a la desestimación del recurso, sin perjuicio de reiterar la necesidad de que la Magistrada-Juez de Vigilancia Penitenciaria examine directamente la situación de las cabinas destinadas a la realización de estos cacheos.

Auto AP BARCELONA, Sec. 5.ª, de 2 de octubre de 2002

LA DENUNCIA DE LA PERSONA AGRAVIADA EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

Arts. 287 Código Penal; 172 y 1712 Código Civil; 259, 260 y 265 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Alberto Pons Vives**

SÍNTESIS

Tres cuestiones fundamentales son objeto de la presente resolución respecto del requisito de procedibilidad que exige el art. 287 del CP: a) De qué tipo ha de ser el poder para denunciar, en el caso de que la persona que

denuncia actúe representada por otra; b) Posibilidad y límites del subapoderamiento en estos casos, y c) cómo debe interpretarse la referencia a la “persona agraviada” en los delitos contra la propiedad intelectual.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Segundo.—Sin perjuicio de ello, el Juez “a quo” en su Auto de 22 de agosto de 2001 hace incapié en la necesaria legitimación que debe ostentar la denunciante.

La válida formulación de la denuncia no es una cuestión baladí en los delitos contra la propiedad intelectual, ya que éstos son delitos semipúblicos, apartado primero del artículo 287 del Código Penal. Así pues, la correcta formulación de la denuncia se configura como un requisito de procedibilidad.

El artículo 265 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que las denuncias podrán hacerse personalmente o por medio de mandatario con poder especial.

En el presente caso, la denuncia de 23 de mayo de 2001 es formulada por la Letrada Dña. Olga de la Cruz Herrero “en la referida representación de ADESE y de las compañías en ella integradas”. A estos efectos, la mandataria exhibió ante la Policía “escritura de Poder General para Pleitos de fecha de 16 de noviembre de 1998”. En esta escritura aparece como poderdante D. José Pedro, que a su vez había sido apoderado por ADESE y las compañías integrantes de la mencionada asociación para que ejercitase las facultades atribuidas por las compañías de software de entrenamiento a ADESE. El Sr. José Pedro, “cum contemplatio domini” de ADESE, sustituye dicho poder, artículo 1721 del Código Civil, a una serie de Abogados y Procuradores, entre los cuales se encuentra la Letrada Dña. Olga de la Cruz Herrero.

Tercero.—Consideramos que el artículo 265 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando establece el requisito del poder es-

pecial del mandatario del denunciante, se refiere a que dicho poder se debe ceñir a unos concretos hechos delictivos, enmarcados en unas coordenadas temporales o especiales. Debemos llegar a esta conclusión ya que el artículo 1712 del Código Civil, en relación con el apartado tercero del artículo 4 del mismo cuerpo legal, da una definición auténtica de mandato especial como aquel que comprende uno o más negocios determinados.

En el presente caso, el apoderamiento que otorga el Sr. José Pedro a diversos Abogados y Procuradores, entre ellos la Letrada que interpone la denuncia, expone que “especialmente les faculta para que puedan anteponer querrela contra quienes fueran responsables de los delitos tipificados en los artículos 270 y siguientes del Código Penal”.

Sobre esta especificación del apoderamiento debemos señalar que constituye una atribución de poder para interponer querrela ilimitadamente con respecto a los delitos comprendidos en el Capítulo XI del Libro II del Código Penal, “de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, el mercado y a los consumidores”, no otra interpretación cabe atribuir a que el apoderamiento se atribuye con respecto a los delitos previstos en los artículos 270 y siguientes del Código Penal. Así pues, este apoderamiento faculta a los apoderados a iniciar indiscriminadamente procesos penales por cualquier delito contra la propiedad industrial o intelectual. Por otra parte, también hay que destacar que el apoderamiento se confiere para interponer querrela y no denuncia, siendo actos procesales sustancialmente distintos, artículos 259 y 270 del cuerpo procesal penal.

Así pues, no podemos considerar que este apoderamiento sea especial, ya que no se refiere a la comisión de unos determinados hechos delictivos que configurarían un proceso penal, artículo 300 y apartado segundo del artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino que faculta, sin determinación de circunstancias concretas, a los apoderados a iniciar cuantos procesos penales consideren necesarios en base a unos tipos delictivos. No podemos entender que esta sea la correcta interpretación de poder especial, en atención al párrafo tercero del artículo 1712 del cuerpo civil material y a simili el apartado séptimo del artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(...)

Cuarto.—Consideramos que la asociación ADESE también debe ostentar un poder especial de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, para subapoderar a su vez a otras personas para la presentación de denuncias por delitos contra la propiedad intelectual.

(...)

No aparece ninguna norma que exente a la asociación ADESE de la necesidad de poder especial si actúa cómo mandatario de sus asociados en la presentación de una denuncia. Sólo se podría considerar que estaría exenta si estuviese constituida como entidad de gestión de los derechos de la propiedad intelectual, persona jurídica contemplada en el Título IV de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobada por Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril. Sin embargo, para que considerásemos que ADESE actúa con dicha legitimación extraordinaria resultaría preciso que aportase en el proceso copia de sus estatutos, así como certificación de la autorización administrativa de tal condición, así lo debemos entender en atención a lo que dispuesto en la Ley de la Propiedad Intelectual en el artículo 150, según la redacción dada por el apartado cuarto de la Disposición Final segunda

de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, y también en el artículo 147.

Quinto.—También debemos destacar que en el presente caso concurre otro óbice de procedibilidad. El apartado primero del artículo 287 del Código Penal de 23 de noviembre de 1995 legitima para la preceptiva presentación de denuncia por delito contra la propiedad intelectual al agraviado por el delito. Sin embargo, en la presentación de la denuncia no se han presentado los respectivos títulos que legitimen a los verdaderos denunciadores, los titulares de los derechos de propiedad intelectual, como titulares de tales derechos. Entendemos que éste es un elemento necesario para ponderar la legitimación del denunciante, ya que no se puede considerar como hecho notorio que una sociedad sea titular de un derecho de propiedad intelectual, apartado cuarto del artículo 281 en relación con el artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la condición de titular de un derecho de propiedad intelectual y, correlativamente, de agraviado de un delito cometido contra el mismo, debe acreditarse con los mecanismos que el propio ordenamiento jurídico prevé, apartado quinto del artículo 97 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Sexto.—El Juez “a quo” considera que los defectos que pueda adolecer la denuncia de ADESE de 23 de mayo de 2001 son insubsanables, ya que la denuncia es considerada como fraudulenta.

(...)

Debemos discrepar de la opinión del Juez “a quo” y en atención al principio “pro actione”, como manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, apartado primero del artículo 24 de la Constitución y apartado tercero del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debemos revocar la resolución del Juez “a quo” a fin de que la denunciante subsane en un breve plazo los defectos procesales de legitimación advertidos en la presente resolución.

Sentencia 423/2002, AP SEVILLA, Sec. 1.ª, de 7 de octubre de 2002

ABSOLUCIÓN DE LA FALTA DE CARENCIA DE SEGURO OBLIGATORIO POR ENCONTRARSE SU VIGENCIA SUSPENDIDA.

Arts. 636 Código Penal y 15 de la Ley de Contrato de Seguro

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pedro Izquierdo Martín**

SÍNTESIS

El impago de las primas siguientes al primer año de cobertura determina la suspensión de la cobertura del seguro un mes después del día de su vencimiento, y en este tiempo el Asegurador puede reclamar la prima, motivo por el que el contrato subsiste frente a terceros y por el que se debe absolver de la falta del art. 636 del CP.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

El art. 15 de la Ley de 8 de octubre de 1980 distingue entre el impago de la primera o única prima pactada en un contrato de seguro, y la falta de pago de una de las primas siguientes. En el primer supuesto, y siempre que el impago sea imputable al tomador, el asegurador tiene derecho a resolver el contrato o a exigir el pago de las primas debidas en vía ejecutiva, con base en la póliza. De no existir pacto en contrario y no habiéndose pagado la prima antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación. (...) En la segunda hipótesis de impago de una de las primas siguientes. En tal caso la cobertura del asegurador queda suspendida un mes después del día de su vencimiento siempre, una vez más, que el impago sea imputable al tomador. El asegurador puede reclamar el pago, y si éste se produce, la cobertura se reanuda, pero si no reclama el pago dentro de los seis meses, el

contrato queda extinguido. (...) Si el contrato, aún suspendido, subsiste en su vigencia, con posibilidad por parte del asegurador de reclamar el abono de la prima pendiente, la suspensión de cobertura operará plenamente en las relaciones entre asegurador y asegurado pero, como excepción personal que es, no puede oponerse frente al tercero perjudicado por un eventual accidente, en los términos señalados en el artículo 76 de la ley, en caso de ejercicio de acción directa contra el asegurador. Ello sin perjuicio del derecho de repetición que, en su caso, ha de asistir al asegurador contra el asegurado cuando, no procediendo hacer valer la excepción frente al tercero, se vea constreñido a un pago, sin contar con la prestación de la prima por parte del asegurado.

(...)

La interceptación del vehículo se efectúa dentro del mes siguiente a la finalización del período de cobertura acreditado con el primer recibo, 5 de diciembre de 2001, habiéndose por otro lado abonado la actualmente

vigente dentro del período de los seis meses, 31 de diciembre de 2001. Las dudas suscitadas con relación al hecho de que los recibos aportados no cubran el día 27 de noviembre de 2001 deben de resolverse en beneficio

del denunciado al no poderse estimar que frente a terceros ese día no estuvieran cubiertos los riegos derivados de la circulación del vehículo, y en consecuencia debe dictarse un pronunciamiento de absolución.

Auto 2953/2002, AP MADRID, Sec. 5.ª, de 18 de octubre de 2002

VIGILANCIA PENITENCIARIA: COMPETENCIA TERRITORIAL Y FUNCIONAL EN LOS RECURSOS DE APELACIÓN CONTRA AUTOS DE LOS JUZGADOS DE VIGILANCIA EN MATERIA DE CLASIFICACIÓN PENITENCIARIA.

Disposición Adicional 5.ª LOPJ

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vieira Morante**

SÍNTESIS

Sentado que, funcionalmente, corresponde al Tribunal sentenciador encargado de la ejecución de la pena la competencia funcional en estos supuestos, se plantea la duda —causada por la ambigua redacción de la D.A. 5.ª de la LOPJ— de qué Tribunal será territorialmente competente cuando existan varias condenas impuestas al interno recurrente por diferentes tribunales. El auto pondera como posibles criterios de solución al problema: a) que se pronuncie cada uno de los tribunales; b) que lo haga la Audiencia Provincial donde radique el centro penitenciario donde se encuentre el interno en el momento de dictarse el acuerdo de clasificación; c) que lo haga el tribunal que dictó la última sentencia, y d) atribuir la competencia al tribunal que impone la pena más grave pendiente de cumplimiento. Se inclina el auto por este último criterio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El acuerdo de la Sala General de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 28 de junio del 2002 y el auto dictado por la misma Sala el 9 de julio del 2002 (que

no hace más que recoger el criterio sustentado en otras resoluciones anteriores, como el auto de 4 de febrero del 2000) establecen que es competente para el conocimiento de los recursos de apelación interpuestos contra autos de Jueces de Vigilancia Penitencia-

ria en materia de clasificación penitenciaria el correspondiente Tribunal Sentenciador encargado de la ejecución de la pena.

Basado ese criterio en la interpretación gramatical de la Disposición Adicional quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial —que efectivamente, y a pesar de su deficiente redacción, excluye la competencia de la Audiencia Provincial de la Provincia en la que radique el centro penitenciario donde esté ingresado el penado precisamente en decisiones de clasificación penitenciaria—, no puede este Tribunal más que aplicarlo y, por tanto, remitir las actuaciones al Tribunal sentenciador.

Segundo.—Para la determinación del Tribunal encargado de resolver este recurso de apelación, ante la existencia de varias condenas impuestas al interno recurrente por distintos Tribunales, pueden seguirse varios criterios: a) pronunciamiento por separado de los distintos Tribunales; b) mantener la competencia de la Audiencia Provincial donde radica el centro penitenciario en el que está ingresado el penado en el momento de dictarse el acuerdo de clasificación; c) entender que es competente el Tribunal que dictó la última sentencia; y d) atribuir la competencia al Tribunal que impuso la pena más grave pendiente de cumplimiento.

El primer criterio, debe ser descartado de plano, puesto que daría lugar a resoluciones contradictorias y crearía conflictos de imposible solución, aparte de carecer de apoyo normativo.

El segundo, propuesto en su informe por el Ministerio Fiscal, a pesar de su indudable eficacia práctica, significaría la inaplicación del criterio anteriormente señalado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo e introduciría factores distorsionadores en la resolución de estos recursos. En efecto, por un lado, evitaría la atribución de la competencia a uno de los Tribunales Sentenciadores, a pesar de estar perfectamente identificado al menos un órgano con competencia para resolver recursos de apelación y no haberse

agotado todas las posibilidades que el ordenamiento jurídico ofrece para elegir uno de los Tribunales que impuso una condena al penado. Y, por otro, permitiría que el propio penado pudiera variar por su exclusiva voluntad la competencia para el conocimiento del recurso: bastaría que cometiera un nuevo delito (incluso dentro de la prisión) para que ante la existencia de más de una condena se trasladara la competencia para decidir en última instancia sobre su clasificación del Tribunal sentenciador a la Audiencia Provincial del lugar de reclusión (piénsese en penados a condenas muy graves de 20 o más años de prisión, en los que el Tribunal sentenciador se hubiera pronunciado contra la progresión de grado; la comisión de otra infracción penal, aunque fuera leve, castigada con privación de libertad obligaría a cambiar la competencia para el conocimiento de estos recursos).

El tercer criterio, análogo al establecido en el artículo 988, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no resuelve totalmente el problema, puesto que este artículo restringe la competencia del último Juez o Tribunal sentenciador a la determinación del límite máximo de cumplimiento de varias condenas, pero no extiende la competencia para la ejecución de penas que no considera acumulables a las impuestas por el propio Juez o Tribunal. Y, por otro lado, abriría la posibilidad de trasladar la ejecución de penas graves a Jueces o Tribunales que hubieran impuesto penas de ínfima gravedad, permitiendo, al propio tiempo (como en el caso anterior) que la sola voluntad del penado pudiera variar el Tribunal Competente.

Por el contrario, este Tribunal considera más acertado el último criterio dejando a salvo, claro es, la posibilidad de que los distintos Tribunales encargados de la ejecución de la pena planteen, en su caso, entre sí las cuestiones de competencia que estimen oportunas. La atribución de la competencia para el conocimiento de estos recursos al Tribunal que hubiera impuesto la pena más grave que estuviera cumpliendo el penado

es un criterio absolutamente respetuoso con el artículo 75 del Código Penal, cuando establece que se seguirá el orden de la gravedad de las condenas para el cumplimiento de las varias impuestas a una misma perso-

na. Y de esta forma se permitirá mantener la competencia del mismo Tribunal cuando a la pena más grave se hayan agregado otras en la refundición efectuada a los efectos de libertad condicional.

Sentencia 49/2002, AP BARCELONA, Sec. 3.ª, de 24 de octubre de 2002

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA NO SE DESVIRTÚA CUANDO LA PRUEBA DE CARGO ES SUMINISTRADA POR LA DEFENSA.

Art. 24 CE

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Ana Ingelmo Fernández**

SÍNTESIS

La sentencia examinada presenta la peculiaridad de que, ante el vacío probatorio incriminatorio de la acusación en la vista del juicio oral, el fallo condenatorio del Juzgado se basó en el material probatorio suministrado por la defensa. No más peculiar es la conclusión que extrae la Sala de la doctrina constitucional: de la inexigibilidad de que la defensa aporte una “probatio diabolica” de los hechos negativos extrae la consecuencia de la imposibilidad de que el Tribunal valore incriminatoriamente los elementos de prueba puestos a su disposición por la defensa: de la no imposición de una carga procesal deriva la sentencia de apelación una prohibición.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

La Guardia Urbana de Barcelona, montó un dispositivo, con el fin de detectar la venta de sustancias tóxicas, en esta ciudad, en concreto respecto del piso entresuelo, donde tienen su residencia Estibaliz, mayor de edad, ejecutoriamente condenada en sentencia por delito contra la salud pública, y su nieto Romeo, mayor de edad, sin antecedentes penales.

Fue detenido cuando salía del citado inmueble Clemente, siendo portador de una

papelina que contenía cocaína y diclofenac con un peso de 0'263 gramos. Ambos acusados fueron detenidos, y se encontró en poder de Estibaliz una papelina que contenía diclofenac, sustancia analgésica.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En el enjuiciamiento de los ilícitos penales hay que partir del principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española.

El Tribunal Constitucional en la sentencia del pleno número 76/1990 de 6 de abril,

estableció: “La presunción de inocencia se integra por tres exigencias: A) La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la presunción penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que le sea exigible a la defensa una ‘probatio diabólica’ de los hechos negativos; B) Sólo puede entenderse como prueba de cargo la practicada en juicio bajo la inmediación del órgano judicial decisor y obtenida con los principios de publicidad y contradicción quedando como excepción los supuestos de prueba preconstituida y anticipada; y C) La valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del órgano judicial que la ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración”.

De la doctrina del Tribunal Constitucional podemos sacar una primera conclusión, la prueba de cargo susceptible de desvirtuar la presunción de inocencia debe ser, aportada, con carácter exclusivo, por la acusación. La cual debe imputar un hecho concreto que configura un ilícito penal y en el que consta la participación del acusado, que debe probar en el acto del juicio oral con auténtica prueba de cargo, lo que no es más que una manifestación del principio acusatorio, que es una de las garantías recogidas en el artículo 24.2.º de la Constitución Española.

Por otro lado hay que concluir, que los órganos jurisdiccionales a la hora de dictar sentencia penal, deben efectuar dos valoraciones en relación con la prueba practicada; en primer término deben determinar si la acusación ha aportado actividad probatoria de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. Constatada la existencia de una actividad probatoria de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, se pasará a valorar, en conjunto la prueba de cargo con la de descargo, y de esa valoración conjunta, efectuada conforme a las normas de la lógica humana, se derivará el hecho probado que se haga constar en la sentencia.

Segundo.—(...)

La peculiaridad del presente caso, es que la prueba sobre el hecho y la participación

de los acusados; fue aportada por la defensa, quien solicitó la presencia del cabo, que era el que dirigía el dispositivo y el que vio lo ocurrido dentro del inmueble. Pero esta testimonial, considera la Sala que no puede valorarla como prueba de cargo, pues es la acusación la que debe aportar esa prueba. La prueba aportada por la defensa no puede servir de fundamento de la condena, cuando la acusación no aporta una mínima actividad probatoria susceptible de desvirtuar la presunción de inocencia.

Por otro lado la prueba de cargo debe practicarse con todas las garantías procesales y constitucionales, tiene que estar válidamente constituida.

La prueba de cargo debe ser respetuosa con el derecho de defensa, que comprende el derecho a la mejor defensa posible, y no supone una asistencia formal por parte del Letrado, sirio que tiene un contenido material, que alcanza a defenderse de la acusación con los medios de prueba pertinentes y con una defensa de contenido técnico. Cuando la propia defensa aporta la prueba que acredita la pretensión de la acusación, no puede hablarse de una prueba válidamente constituida, porque, nos encontramos, sin duda, ante un supuesto de prueba obtenida con vulneración del derecho de defensa. Es una prueba ilícita, que no puede ser valorada para desvirtuar la presunción de inocencia y fundamentar el fallo condenatorio.

En el presente caso, no se ha desvirtuado la presunción de inocencia, con la aportación de prueba de cargo válidamente constituida, por lo que procede la libre absolución de los dos acusados.

(...)

Vistos los artículos de pertinente aplicación.

FALLAMOS

Absolvemos, a Estíbaliz y a Romeo de los delitos contra la salud pública por el que venían acusados. Declarándose de oficio las costas causadas.

Sentencia 974/2002, AP BARCELONA, Sec. 2^a, de 4 de noviembre de 2002

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LOS TRABAJADORES Y DE HOMICIDIO IMPRUDENTE. DELIMITACIÓN DE RESPONSABILIDADES EN SUPUESTOS DE SUBCONTRATACIÓN.

Arts. 24 CE; 28 y 120 Código Penal; 42.2 Ley de Prevención de Riesgos Laborales

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. María José Magaldi Paternostro**

SÍNTESIS

Las relaciones laborales, especialmente en el ámbito de la construcción, se encuentran frecuentemente afectadas de fenómenos de subcontratación. La sentencia que comentamos traza las oportunas líneas de demarcación entre responsabilidades civiles, administrativas ante las autoridades laborales y, finalmente, penales respecto de los accidentes laborales en dichos casos. En todo caso, rechaza la posibilidad de utilizar mecánicamente los criterios de atribución de responsabilidades de la ley de prevención de riesgos laborales para imputar responsabilidades penales.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS

Único.—Se considera probado y así se declara que César, propietario de la vivienda que había construido la promotora reclamó a dicha entidad en la persona de su legal representante Mariano, la subsanación y reparación de un defecto de construcción que provocaba malos olores y que se concretaba en la falta de colocación en el sistema de desagüe de la vivienda de una arqueta o sifón.

La empresa accedió a la reparación solicitada y para realizarla contrató, como en otras ocasiones, los servicios de Héctor, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien debía verificar los trabajos necesarios

para la solución del problema para lo cual era preciso excavar una zanja en zona próxima a la terraza de la vivienda y localizado el tubo de desagüe colocar la arqueta o sifón antes referida.

Héctor inició la realización de las obras excavando una zanja en aquél lugar lo que llevaba a cabo materialmente y bajo su supervisión Jaime, a quien había contratado a tal efecto. Dado que a pesar que se había profundizado bastante no se encontraba el tubo de desagüe, Héctor recabó el auxilio para su localización de Mariano el cual el mismo día por la tarde acudió al lugar acompañado de Carlos, que era el aparejador que se había encargado de la dirección técnica de la construcción de la vivienda, y

que indicó a aquél el lugar exacto donde se ubicaba el tubo de desagüe, marchando ambos a continuación.

Héctor llevó a cabo la ejecución de la zanja sin estudiar previamente el terreno y sin proceder a la entibación del mismo para evitar desprendimientos medidas éstas exigidas por la reglamentación vigente en la materia, taludando únicamente uno de los lados o caras de la zanja, por lo que uno de los lados no taludados cedió, derrumbándose y sepultando a Jaime que se encontraba trabajando en su interior, causándole la muerte por asfixia.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—(...)

El Tribunal parte de la premisa, de que la responsabilidad penal a título de autor no puede extenderse “ad infinitum” sino que debe circunscribirse exclusivamente a aquellas personas concretas a las que en el caso concreto se halle dirigido el mensaje contenido en la norma penal y que, por tanto, deban jurídico penalmente acatarla pues solo respecto de ellas podrá afirmarse la pertenencia del hecho delictivo, sin que pueda, por mor de una interpretación automática y meramente formalista, hacerse derivar una responsabilidad penal de lo dispuesto e el artículo 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que establece una relación solidaria entre la empresa principal y los contratistas y subcontratistas, durante el período de la contrata por las obligaciones impuestas por aquella Ley en relación con los trabajadores, relación que lo es, en todo caso, a efectos de resarcimiento patrimonial de los daños sobrevenidos pero la cual, sin mas, no puede fundamentar la exigencia de culpa penal.

Séptimo.—Pues bien, por lo que se refiere a Mariano, representante legal su obligación (derivada de la relación contractual que en su día formalizó con el titular de la vi-

vienda Cesar) comprendía el reparar el vicio o defecto de construcción de la vivienda para lo cual podía hacer dos cosas: a) ordenar que empleados de SA. llevaran a cabo las obras de reparación; y b) contratar a una tercera persona que las realizara a su costa, es decir, por un precio que SA. le abonaría por sus servicios. Optando SA., como lo hizo, por la segunda posibilidad es decir contratando con Héctor, le alcanzaba frente al titular de la vivienda la obligación de que la reparación se hiciera correctamente y respondería frente al mismo en caso de que de la reparación efectuada fuera deficiente y frente a terceros la obligación de que se realizara en las condiciones debidas de modo que si en la realización de las mismas se causaren daños corporales o materiales a terceros, respondería civilmente también frente a éstos, y en los dos casos por culpa “in eligendo”.

Si estas eran —y así parece jurídicamente— las obligaciones que alcanzaban a SA. resulta evidente que al encargar la realización de la obra de autos a Héctor quien al ejecutarlas en cumplimiento de los pactos contractuales suscritos con aquél no adoptó las medidas de seguridad que le eran exigibles como profesional encargado de las mismas a la vista del terreno, del lugar y ubicación de las mismas y de la complicación que suponía el difícil acceso al tubo de desagüe, creando un riesgo que cristalizó en el fallecimiento de Jaime, incidió en culpa in eligendo y, por tanto, debe responder como responsable civil subsidiario por el daño causado a terceros (el trabajador fallecido) a consecuencia de la infracción penal cometida por Héctor, pero de ninguna manera puede imputarse a su legal representante Mariano la comisión de los delitos de los que venía acusado en cuanto ni le incumbía directamente adoptar las medidas de seguridad de una obra que no realizaba ni material ni jurídicamente ni se hallaba penalmente en posición de garante respecto de posibles daños a terceros derivados de la realización

de un hecho delictivo por parte de la otra parte contractual.

Lo que sucede es que, resultando acreditado que para la obra concreta de autos Héctor había sido contratado por SA. para realizar materialmente la obra a la que aquella estaba obligada, dicho acusado que trabajaba como autónomo era en el momento de autos a todos los efectos trabajador de SA. (trabajaba para ella) por lo que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 120.4 del Código Penal, responde a efectos de resarcimiento civil por los delitos o faltas que hayan cometido por sus empleados, dependientes o trabajadores en el desempeño de sus servicios, como responsable civil subsidiario, condición en la que, por demás, ha sido llamada a la litis en la que se ha defendido y en la que resultó condenada en tal concepto si bien por exigirse responsabilidad penal a su

legal representante, la cual no ha recurrido la sentencia condenatoria dictada en su contra que conllevaba legalmente la condena de la compañía aseguradora como responsable civil directo.

(...)

Octavo.—Idénticos argumentos jurídicos invalidan la corrección de la sentencia condenatoria que se pronuncia por los mismos delitos contra Carlos.

(...)

FALLAMOS

Debemos absolver y absolvemos libremente a Mariano y a Carlos confirmándose la condena que por la comisión de tal delito se pronuncia contra Héctor.

Sentencia 1036/2002, AP BARCELONA, Sec. 8ª, de 4 de noviembre de 2002

FABRICACIÓN, VENTA Y DISTRIBUCIÓN NO CONSENTIDAS DE TARJETAS DECODIFICADORAS DE LA SEÑAL DE TELEVISIÓN DIGITAL: CALIFICACIÓN PENAL.

Arts. 248.2, 255.3, 270, 278.2 Código Penal y 10 de la Ley de Propiedad Intelectual

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús María Barrientos Pacho**

SÍNTESIS

Descarta la sentencia de apelación que la conducta de los acusados, consistente en la fabricación y distribución de tarjetas aptas para descodificar la señal de televisión digital sin el abono de las correspondientes cuotas a la empresa televisiva constituya un delito de defraudación de las comunicaciones (art. 255.3 CP) al no concurrir los medios típicos predeterminados por esta figura penal. Igualmente rechaza la resolución procesal la posibilidad de penar por estafa, siquiera sea porque no se sostuvo acusación por este título. Tampoco es dable reproche criminal por delito contra la propiedad in-

telectual: en este caso por no concurrir el objeto típico. Sin embargo, estima que se dan todos los elementos que caracterizan el delito de descubrimiento y revelación de secretos de empresa, condenando en consecuencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Por el Juzgado de lo Penal se dictó sentencia en cuyo relato de hechos probados se declara cómo tales: “Primero. El acusado Andrés, sin antecedentes penales, era titular en marzo de 2000 de la página Web [...] que había insertado en internet, a través de la cual ofertaba en venta diversos CD’s musicales, en número que no consta, grabados en formatos MP3 y VQF, que constituían reproducciones ilícitas realizadas sin la autorización de los legítimos titulares, atendiendo los pedidos que recibía tanto a través de las direcciones de correo electrónico como del teléfono móvil ..., del que también era titular, que facilitaba a tal efecto a sus potenciales clientes. No consta acreditada la intervención en tales hechos del acusado Clemente.

Segundo. Los acusados Andrés y Clemente, puestos previamente de acuerdo en la acción, se dedicaron a la fabricación, venta y distribución de tarjetas aptas para la decodificación de la señal de televisión emitida que permitían acceder a la recepción de los canales difundidos y de los programas de “pago por visión” emitidos por dicha empresa, sin el abono de las correspondientes cuotas y precios establecidos por la misma, constituyendo la distribución de las tarjetas a terceras personas un acto de comunicación pública no consentida por su titular de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual. No consta el número de tarjetas fabricadas por los acusados, quienes distribuyeron una treintena, en algunos casos gratuitamente, y en otros por precio que oscila entre 15.000 pesetas y 20.000 pesetas. No consta acreditado el efectivo perjuicio causado a ni se han aportado datos a los autos

para establecer los parámetros en base a los cuales poder determinar tal perjuicio en fase de ejecución de sentencia. No se ha acreditado la participación en estos hechos de los acusados Gabino, Jorge, Ramón e Antonio”.

Segundo.—Después de ofrecer allí los fundamentos de derecho que el Ilmo. Sr. Juez Penal estimó aplicables a tales hechos, terminó por decidir como fallo el siguiente “Que debo condenar y condeno al acusado Andrés como responsable en concepto de autor de un delito continuado contra la propiedad intelectual, ya definido, sin circunstancias modificativas de su responsabilidad penal. (...) Y debo de condenar y condeno a los acusados Andrés y Clemente como responsables en concepto de autores de un delito continuado de defraudación de telecomunicaciones, ya definido, (...) absolviéndoles de los restantes delitos que se les imputaban.
(...)”

HECHOS PROBADOS

Primero.—Admitimos y hacemos nuestros los declarados como tales en la sentencia recurrida, aunque sólo en la medida en que no resulten variados por lo que a continuación diremos.

Segundo.—No podemos admitir como hecho probado la mención expresa que se hace en el segundo de los relatos a que la distribución de las tarjetas a terceras personas constituye “un acto de comunicación pública”, por representar esa naturaleza declarada de la actividad un concepto normativo, no fáctico, anunciador de una determinada calificación jurídica de la conducta a que viene referido, propio por tanto de otra

ubicación sistemática en el seno de aquella misma sentencia, en todo caso prohibido para un relato de hechos, ex art. 851.1 de la LECrim.

Tercero.—Dejamos, por tanto, limitada aquella mención fáctica aquí enmendada a un hecho en que se diga que “la distribución de las tarjetas a terceras personas permitía a éstas un acceso libre a programas e imágenes de televisión a los que sin ellas no era posible acceder”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

Séptimo.—El primer análisis debe centrarse en el delito que en la sentencia recurrida se dice cometido, la defraudación de las telecomunicaciones del artículo 255.3 del CP, entre otras razones porque, según ya anunciamos, constituye motivo común de impugnación por las dos defensas recurrentes.

La especificidad de la defraudación regulada en el artículo 255 viene determinada, además de por el objeto sobre el que ha de recaer la defraudación, que habrá de serlo a partir de la energía eléctrica, el gas, el agua, las telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, por la limitación de las acciones susceptibles de llenar el tipo penal, pues solo se realizará a partir de algunos de los medios comisivos enunciados en el propio precepto. En la acusación de que conocemos, la defraudación es denunciada sobre telecomunicaciones y mediante el empleo de medios clandestinos. Pues bien, basta con reproducir ahora parcialmente los hechos probados en aquella parte del relato en que se pretende radicar esa caracterización típica para descartar cualquier posibilidad de incluir los hechos en tal especialidad defraudatoria. Se atribuye a los dos acusados recurrentes el haberse dedicado concertadamente a la fabricación, venta y distribución de tarjetas aptas para la descodificación de

la señal de televisión emitida por SL., que permitían acceder a la recepción de los canales difundidos y de los programas de “pago por visión” emitidos por dicha empresa. Pues bien, aun cuando podarnos estar a que la señal televisiva emitida bajo determinados códigos que restrinjan su recepción pueda quedar incluida dentro del concepto “telecomunicación” como objeto sobre el que puede recaer la defraudación cuestionada, lo que en ningún caso podremos conciliar es la actividad desarrollada por los acusados con la reclamada por el número 3.º del artículo 255 CP. Si el objeto defraudado ha de recaer sobre las telecomunicaciones en cuanto que señales televisivas codificadas, y la acción necesariamente ha de consistir en el empleo de medios clandestinos para recibir esas señales descodificadas, habremos de coincidir con la tesis defensiva en que únicamente puede responder de tal defraudación a título de, autor material quien emplea o utiliza —conecta— esos medios clandestinos —sabiendo que no son proporcionados por el emisor de las señales o con su autorización— y recibe a su través descodificadas unas imágenes a las que de otra forma no hubiese podido acceder, salvo acudiendo al cauce comercial convencional de satisfacer al emisor los derechos que éste le reclame. En esta dinámica defraudadora, teniendo en cuenta que no se hizo prueba, ni se declaró así, que cualquiera de los dos acusados recurrentes hubiere personalmente llevado a cabo aquella concreta acción de emplear una de las tarjetas que ellos mismos fabricaban para recibir en su terminal de televisión señales emitidas con códigos neutralizados a su través, dado que su acción probada se limitó a la “fabricación, venta y distribución” de aquellas tarjetas, la responsabilidad única que les podría ser exigida en la defraudación perseguida lo sería en todo caso a título de cooperación necesaria, en cuanto que proporcionaban a los autores materiales las tarjetas sin las cuales aquéllos no podían llevar a cabo la defraudación típica. Y claro, para exigir a los acusados responsabilidad a título de cooperadores necesarios nos en-

contramos con el obstáculo insalvable que deriva del carácter accesorio de su título participativo, y de haber sido declaradas atípicas en la instancia las conductas de aquellos acusados que lo eran precisamente por haber utilizado las tarjetas con la finalidad para la que fueron fabricadas y distribuidas por los acusados recurrentes, sin que en esta alzada se nos haya cuestionado aquella decisión absolutoria que ahora nos impide seguir suerte distinta para los partícipes en la defraudación.

Octavo.—Tampoco nos viene autorizado un análisis de los hechos en relación al delito de estafa del artículo 248.2 del Código Penal, no obstante haber sido sostenida esta caracterización para ellos en las conclusiones definitivas de la acusación hoy recurrentes, tanto porque nada se dice en la sentencia recurrida sobre su incardinación en dicho precepto como porque en el escrito de recurso que presenta Canal Satélite Digital, S.L., único en que podríamos soportar una revisión calificadora de orientación condenatoria, expresamente deja decaer toda posibilidad de deducir condena por aquel delito de estafa, aun cuando sea por razón ajena a la de estimar que los hechos no constituyen ese delito.

Noveno.—Resta, pues, decidir si los hechos-probados pueden venir a definirse como constitutivos de un delito de descubrimiento y revelación de secretos de empresa y contra la propiedad intelectual, y su relación entre ellos, en el bien entendido de que este último delito únicamente viene cuestionado en relación al segundo de los hechos de los que son declarados probados, en ningún caso al primer relato, cuya caracterización como delito contra la propiedad intelectual nadie ha sometido a revisión de la alzada.

El delito relativo a la propiedad intelectual que se define y sanciona en el artículo 270 del Código Penal presenta también sus restricciones, tanto en el plano de la acción

como en el del objeto sobre el que haya de recaer la defraudación.

(...)

Pues bien, a diferencia de lo que ocurría con el delito de defraudación del artículo 255.3 CP, en este caso no encontraríamos ninguna dificultad para estimar idónea al delito del artículo 270 la actividad desplegada por los dos acusados, en cuanto que se les atribuyen conductas de “fabricación, venta y distribución”, entendida la fabricación a la que se dedicaban como una reproducción sistemática e inauténtica de tarjetas análogas a las emitidas por Canal Satélite Digital, aptas para idénticos fines a los propios de aquellas otras emitidas legítimamente por esta mercantil, la de visualidad sin límites las imágenes televisivas por ella emitidas; ahora bien, mayores e insalvables dificultades encontramos para considerar que el objeto sobre el que proyectaban aquella actividad, las tarjetas a que se alude en el relato de hechos, reúnan la consideración de estar amparadas por los derechos de autor, que las hagan merecedoras de la tutela dispensada en el precepto analizado. Para excluir esa naturaleza de las tarjetas descodificadoras tenemos por tanto que entrar en un análisis más detallado de los derechos de autor como objeto de la tutela que se reclama.

Esa mayor concreción que buscamos sobre el objeto de la tutela penal únicamente podemos encontrarla importando preceptos legales extrapenales. Particularmente decisivo resulta en este campo el artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual, en que se alude a los derechos que pueden resultar protegidos, y que habrán de ser los predicados de “todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas”, cualquiera que sea su soporte actual o que en el futuro se pueda concebir. Pues bien, no solo no han sido realizados esfuerzos, tan siquiera sea en el plano dialécticos, menos en el probatorio, para justificar el carácter de creación original de las tarjetas a que viene referida la acción pretendidamente típica de los acusados, sino que esas mismas dificultades las encontraríamos para incardinar los códigos

introducidos en tales soportes cómo una obra literaria, artística o científica, posibilidad tanto más alejada cuanto que resultan de imposible etiquetado dentro de la relación de obras susceptibles de tutela que se hace en el mismo artículo 10 de la LPI.

(...)

Décimo.—Finalmente, y en esto sí hemos de acoger la pretensión acusatoria deducida por la recurrente Canal Satélite Digital, S.L., hemos de concluir en que en los hechos que se han declarado probados en la instancia y que nosotros aquí hemos mantenido como tales concurren todos y cada uno de los presupuestos que reclama el delito de descubrimiento y revelación de secretos de empresa que se sanciona en el artículo 280 del CP en relación con el 278.2 del mismo texto punitivo.

Esta tipificación del comportamiento atribuido a los dos acusados la construimos a partir de la verificación de que en ellos concurren todas las exigencias reclamadas por el delito referido, llamado también de indiscreción. En el plano objetivo apreciamos, a partir del relato de hechos de la sentencia recurrida, la realización de una actividad que inequívocamente supone la difusión y cesión a terceros, en soportes tarjeta, de unos determinados códigos descriptores de otros bajo los que son emitidas determinadas imágenes televisivas, que ellos grabaron en las referidas tarjetas al tiempo de su fabricación, después de ser recogidos tales códigos de fuentes distintas a las únicas legítimas autorizadas por su propietario. Ninguna dificultad hallamos en considerar aquellos códigos descriptores grabados por los acusados en las tarjetas que luego vendían y distribuían a terceros, como secretos de empresa a los fines de poder considerar su difusión o cesión clandestina como un descubrimiento y revelación típicos, pues se reúnen en tales códigos las notas de confidencialidad y exclusividad que debe rodear un aspecto clave para el mantenimiento de la actividad de la empresa propietaria, al punto de que su mantenimiento fue-

ra del conocimiento y alcance del público en general constituye un presupuesto necesario para la pervivencia de la empresa propietaria de los códigos, garantizando solo desde ese acceso limitado a ellos su competitividad respecto de otras empresas dedicadas también a la emisión televisiva, pues no debemos olvidar que, en definitiva, el delito que declaramos perpetrado se encuentra ubicado sistemáticamente dentro de los delitos contra el mercado y los consumidores, y en esa misma medida únicamente podemos residenciar virtualidad típica a la conducta atribuida a los acusados para el caso, comprobado aquí, de resultar afectado en forma grave ese específico bien jurídico, la capacidad competitiva de la empresa cuyos datos reservados resultan primero descubiertos ilícitamente y luego difundidos o cedidos a terceros con potencialidad para incidir en el mercado en los términos ya referidos. Por otro lado, ya en el plano subjetivo, la condición del autor, que es definida negativamente cuando se exige que el mismo no haya tomado parte en el descubrimiento del secreto, tal y como ocurre con los dos acusados Andrés y Clemente, se conforma con la comprobación de que la actividad típica haya sido desplegada con conocimiento de la ilicitud del descubrimiento de los códigos secretos, conocimiento que inequívocamente hemos de atribuir a los dos acusados, no solo por la dinámica que siguieron para la fabricación y distribución de las tarjetas, fuera de los cauces ordinarios de su comercialización, sino también por las propias manifestaciones ofrecidas por los dos acusados, sin ir más allá a estos efectos valorativos de lo ya declarado como fundamento del fallo de la instancia.

(...)

Duodécimo.—En el orden civil reparador, nuevamente hemos de acoger parcialmente el motivo de recurso articulado por la acusación que mantiene.

Una interpretación conjunta y sistemática de lo previsto en el artículo 742, párrafo segundo, de la LECrim., en relación con lo

dispuesto en los artículos 110 a 112 de la misma ley procesal, le reclamaba al Juez Penal un pronunciamiento expreso también en ámbito civil resarcitorio, de condena o de absolución, pero en todo caso distinto al de reserva de tales acciones para su ejercicio en jurisdicción distinta, una vez comprobado y admitido que, en lo que se refiere al perjuicio que hubiera podido sufrir la acusación hoy recurrente, no se formalizó renuncia expresa a su reclamación, bien al contrario, tanto dicha parte como el Ministerio Fiscal, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 108 de la LECrim., pidieron la declaración de una obligación resarcitoria a cargo de los acusados y en favor de SL. Así, (...) partiendo, pues, de la naturaleza del delito que hemos declarado perpetrado como un delito de mera actividad, y de que su perfección no está necesitada de la verificación de un perjuicio concreto, hemos de estar a lo razonado en el fundamento de derecho IX de la sentencia recurrida en lo referido al delito de defraudación de telecomunicaciones, trasladable ahora al delito que hemos sostenido como realizado, para concluir en que no se hizo prueba bastante enjuicio de haber sufrido la entidad emisora de las señales televisivas cuya recepción únicamente posibilitaban las tarjetas distribuidas por los acusados un perjuicio concreto resarcible al amparo de lo previsto en el artículo 110.3 del Código Penal, más allá de una estimación potencial sin posibilidad alguna de resultar verificada objetivamente y sin que podamos acudir a la previsión del artículo 135 de la LPI para su utilización como método de conversión en perjuicio real, pues tampoco aquella legalidad resulta de aplicación al delito del que habría de nacer aquel tipo de responsabilidad, ajeno a la propiedad intelectual que se regula en aquel precepto normativo.

Sin embargo, la actividad delictiva desplegada por los acusados, al vender o distri-

buir una treintena de tarjetas inauténticas pero aptas para producir idénticos efectos a las comercializadas por SL., supuso para esta última un quebranto económico representado por lo dejado de ingresar de haber procedido a la venta legítima de aquellas mismas tarjetas. (...) En este orden cuantificador habremos de partir del número de tarjetas que se declararon fabricadas y distribuidas por los dos acusados, treinta, y al valor medio que exigían por cada una de ellas, declaradamente también entre 15.000 y 20.000 pesetas, para fijar la unidad en 17.500 pesetas de las del año 2000.

(...)

FALLAMOS:

1.º Estimamos parcialmente los recursos de apelación presentados. (...)

2.º Confirmamos y mantenemos el pronunciamiento de condena allí dispuesto respecto del acusado Andrés como autor de un delito continuado contra la propiedad intelectual.

3.º Absolvemos a los acusados Andrés y Clemente de los delitos de estafa, defraudación de telecomunicaciones y contra la propiedad intelectual de los que venían siendo acusados.

4.º Condenamos a los acusados Andrés y Clemente como autores materiales, penal y civilmente responsables, de un delito de descubrimiento y revelación de secretos de empresa.

(...)

5.º Condenamos a los acusados Andrés y Clemente a que, conjunta y solidariamente, paguen a la mercantil SL. la cantidad de tres mil ciento cincuenta y cinco euros con treinta y un céntimos de euro (3.155,31), más los intereses legales incrementados en dos puntos desde la presente sentencia hasta su completo pago.

Sentencia 815/2002, AP BARCELONA, Sec. 7.ª, de 19 de noviembre de 2002

NATURALEZA DEL PELIGRO PARA LA VIDA O LA INTEGRIDAD DE LAS PERSONAS EN EL DELITO DE INCENDIO.

Art. 351 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Daniel de Alfonso Laso**

SÍNTESIS

El acusado provocó un incendio en un piso de un edificio habitado pensando que allí se encontraban ciertas personas, siendo lo cierto que en el concreto piso no se encontraba nadie, si bien sí había otros vecinos en otros pisos de la planta. La sentencia de apelación razona sobre la naturaleza abstracta o concreta del peligro que exige el tipo examinado, así como sobre la posibilidad o no de atenuar la pena atendiendo a la menor entidad del peligro causado y las demás circunstancias del hecho.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

Se declara probado que el procesado Juan, (...) se dirigió hasta el domicilio de Donato, (...) en el que éste vivía de alquiler junto con su esposa e hija, y pensando que en su interior podría estar la que fuera su novia comenzó a llamar por el interfono a diversos vecinos con el fin de averiguar cuál era el piso y la puerta de Donato. Una vez que consiguió este objetivo, accedió al interior del inmueble y con el ánimo de escarmentar a Donato, aceptando el riesgo que ello podría derivar, roció la puerta del piso de Regina con un líquido inflamable aplicando fuego acto seguido y de manera directa. Ello provocó un incendio en la puerta, que llegó a penetrar en el interior del domicilio, carbonizando dicha puerta de entrada al mismo por ambos lados, así como el cableado de la instalación eléctrica. El humo

provocado por tal incendio invadió el domicilio de Donato, ennegreciendo las paredes, ropas, mobiliario y enseres de éste. (...) Ni Donato, ni su esposa e hija se encontraban en el domicilio en ese preciso instante; si bien el inmueble estaba habitado por otros vecinos. El incendio resultó sofocado por los agentes del Cuerpo de Bomberos que tuvieron que acudir al inmueble a tal fin. El procesado, en el momento previo a los hechos había estado en diversos locales nocturnos y había consumido diferentes bebidas alcohólicas, si bien su capacidad de entender y de querer los hechos no se encontraba plenamente mermada, sino sólo de manera ligera.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Los hechos relatados en el anterior apartado son legalmente constitutivos de un delito de incendio tipificado y pe-

nado en el artículo 351, último inciso, del Código Penal de 1995.

Como quiera que por la Defensa del Proceso se han calificado de manera alternativa los hechos como constitutivos de un delito de daños, es preciso ahora siquiera significar que tal calificación no puede ser atendida por esta Sala que ahora resuelve. En este sentido, conviene señalar que el delito de daños (recogido en el artículo 263 y siguientes del Código Penal) es subsidiario respecto del delito de incendio, debiendo de apreciarse aquel delito (de daños) cuando el fuego sea el medio comisivo para alcanzar el objetivo de destruir o deteriorar las cosas. Mientras que por el contrario, el delito de incendio exige (como ahora sucede) además el específico objeto material de crear un peligro para las personas.

(...)

De los hechos declarados como probados se infiere que el acusado realizó la conducta típica, al provocar un incendio que llegó a generar un peligro para la vida o integridad física de los vecinos.

En tal sentido, la unanimidad de este Tribunal ha entendido que el hecho de provocar un incendio en el cuarto piso de un inmueble ocupado por numerosos vecinos, a horas en que éstos se pudieran encontrar durmiendo (eran las 9:20 de la mañana aproximadamente), supone y genera sin duda alguna un riesgo para la integridad física y la propia vida de aquéllos. Y no ya sólo por el riesgo o peligro de propagación del fuego, sino también por el humo tóxico que de dicho fuego se deriva, con notables posibilidades de su inhalación.

No obstante lo anterior, el delito ante el que nos hallamos, por lo que a su estructura típica se refiere, (seguramente por ello la defensa calificó de manera alternativa los hechos como un delito de daños y no de incendio), es un delito de los denominados de peligro. El problema será determinar si lo es de peligro concreto o de peligro abstracto. Tal determinación podrá tener, qué duda ca-

be, importantes consecuencias pues en uno u otro caso la calificación podría variar y tratarse de un delito de incendio o de un delito de daños.

Pues bien, una primera lectura parece abonar la configuración del delito de daños como si de un delito de peligro concreto se tratara, dada la exigencia de que el incendio “comporte un peligro para la vida o la integridad de las personas”. No obstante, la realidad demuestra que en numerosísimas ocasiones (y en este supuesto también se ha hecho así) se tiende a prescindir de identificar a las personas concretas que han visto o puesto en peligro su vida o integridad física, para identificar en su caso al colectivo (en el supuesto presente, la generalidad de los vecinos del inmueble).

Sea como fuere, parece que el Legislador ha optado por atribuir a los órganos Judiciales la valoración de la idoneidad de la conducta para producir un resultado, lo que supone trasladar el juicio de imputación de lo fáctico a lo valorativo, acercándonos más de esta manera al terreno de los delitos de peligro abstracto y no de peligro concreto.

Ya hemos indicado también que el tipo penal aplicable lo será el del último inciso del artículo 351 del Código Penal. A tenor de éste se confiere a la Sala que ahora sentencia, la facultad de atenuar la pena en función de la menor entidad del peligro. Ello hace que el Tribunal deba en este momento de plantearse la interpretación del precepto penal y de los hechos bajo el prisma del principio de ofensividad, de tal suerte que supuestos como el presente en los que el incendio en sí mismo carece de especial entidad, habrán de quedar al margen de la pena prevista en el párrafo primero del artículo citado. Por lo que teniendo en cuenta que el perjudicado no se encontraba ya en su casa, ni tampoco su esposa e hija, ni el fuego se trasladó a ningún otro domicilio, deberá de entenderse en base a ello que el riesgo generado y la entidad del incendio habrán de ser tipificados dentro del inciso final del precepto analizado.

Sentencia 456/2002, AP MADRID, Sec. 3.^a, de 27 de noviembre de 2002

UTILIZACIÓN INDEBIDA DE VEHÍCULO DE MOTOR POR QUIEN NO TOMÓ PARTE EN SU SUSTRACCIÓN.

Art. 244 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Adrián Varillas Gómez**

SÍNTESIS

La línea jurisprudencial vacilante del Tribunal Supremo al calificar la conducta de quien utiliza un vehículo de motor ajeno a sabiendas de no contar con la aquiescencia del legítimo propietario ha planteado dificultades en la aplicación a estos supuestos del art. 244 del CP. En algunas sentencias, el Tribunal de Casación ha optado por considerar la atipicidad de este proceder, con la consiguiente absolución. A veces, se ha sugerido la posibilidad de receptación, si concurrieren los requisitos exigidos para esta figura. En otras ocasiones ha penado por hurto de uso. La sentencia de la Audiencia examina todas estas posibilidades.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Como reiteradamente se viene entendiendo, en diferentes Secciones de esta Audiencia Provincial, así la 15.^a en varias resoluciones, (comenzando por la de 21-X-1996 y siguiendo por la de 22-XII-1997, confirmada por la del Tribunal Supremo de 15-II-1999) en las que, siguiendo los criterios hermenéuticos gramaticales y lógicos aplicables en toda interpretación, ha llegado a la conclusión de que no puede subsumirse la conducta del acusado en el art. 244 del C. Penal. Y ello porque el nuevo texto legal, al penalizar al que sustrajere un vehículo de motor sin ánimo de apropiárselo, es claro que está tipificando la conducta consistente en apartar, separar o extraer el vehículo de la disponibilidad de su dueño, visto el significado que otorga el diccionario de la Real Academia al verbo sustraer.

(...)

El nuevo texto legal exige para la concurrencia de la conducta típica dos elementos: la sustracción del vehículo y su uso por la vía pública. De lo que se colige que el mero uso sin la sustracción previa al propietario no es suficiente para considerar punible la conducta, a no ser que con el uso posterior se esté auxiliando al autor de la sustracción para que se beneficie del apoderamiento, en cuyo caso estaríamos ante una forma de encubrimiento (art. 451 del C. Penal), hipótesis que aquí no se da y que ni siquiera se ha planteado.

Los supuestos en que una persona no interviene en la sustracción del vehículo a su dueño por un tercero, pero después se aprovecha personalmente de esa sustracción utilizando el coche a sabiendas de su procedencia ilícita, cabría calificarlos, en pura teoría, como una receptación de uso. Sin embargo, esa clase de receptaciones, en las

que no se da el ánimo de haber la cosa como propia, no parece fácil subsumirlas en el art. 298 del C. Penal, pues en la expresión ánimo de lucro empleada en los tipos penales contra el patrimonio no se considera en principio comprendido el ánimo de mero uso, excepto en los supuestos en que así lo especifica la ley.

(...)

Las pautas sustanciales de esta interpretación han sido ratificadas por las sentencias del Tribunal Supremo de 3 y 17-2-1998, 18-6-1998, 16-9-1998, 5-2-1999, 15-2-1999, 27-12-1999 y 23-2-2000, en todas las cuales han sido absueltos los imputados que utilizaban un vehículo de motor si constar prueba de que se lo hubieran sustraído previamente a su dueño.

Podría argüirse que en la sentencia apelada se fundamenta la condena del acusado en la doctrina sentada en las sentencias del Tribunal Supremo de 10-6-1998, 22-12-1998 y 9-7-1999, en las que parece sentarse un nuevo criterio interpretativo que, para algunos supuestos, se aparta de los postulados establecidos en resoluciones precedentes.

En concreto el Tribunal de Casación afirma en esas sentencias que, si bien el uso del término “sustrajere” supone sin duda una cierta descriminalización, ésta sólo alcanza a quienes simplemente ocupan el vehículo y se desplazan en él sin haberlo sustraído ni participado en la sustracción, pero no a quienes, habiendo hallado el vehículo abandonado, con todos los signos de haber sido robado y constándole, en consecuencia, que no se trata de una “res nullius”, lo toman en una ulterior sustracción que sólo se diferencia de la primera en que, por la ausencia de empleo de fuerza, debe ser jurídicamente considerada como hurto.

(...)

Pues bien, disintimos de esa tesis porque una conducta como la que se acaba de exponer no es enmarcable en la figura del hurto sino en la de apropiación indebida específicamente prevista en el art. 253 del C. Penal, precepto que tipifica las acciones consistentes en apropiarse las cosas perdidas o de

dueño desconocido. Y es que, como es sabido esa clase de conductas consistentes en apoderarse de cosas perdidas han sido extraídas del tipo delictivo del hurto en la reforma del Código Penal de 1983 y se han insertado en la figura de la apropiación indebida precisamente porque en ellas no se da el supuesto de la sustracción, es decir, el autor no separa o extrae el bien de su dueño, sino que lo toma cuando ya ha sido apartado o extraído (sustraído) por un tercero.

(...)

Lo que sucede realmente es que el Tribunal de Casación, ante la imposibilidad de encuadra la conducta de los imputados en el delito de apropiación indebida (art. 253 del C. Penal) por no hallarse tipificadas las apropiaciones de uso, acude a la solución de insertar esa clase de acciones en el hurto de uso, a pesar de que las personas que toman el bien perdido no son quienes lo sustraen del ámbito concreto del dominio de su dueño. Se vulnera así el principio de legalidad o de taxatividad en la aplicación de la norma penal, aunque sea con el fin de penar situaciones injustas que debieran ser previstas por el texto punitivo.

Estamos, pues, ante una laguna legal que debe ser cubierta por el legislador, no pudiendo ser suplida o solventada por interpretaciones analógicas del Juez que rebasan el sentido literal posible de la norma sancionadora.

(...)

En fecha más reciente, en la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 20-10-2000, se dice, al examinar la nueva redacción del referido tipo delictivo, que la propia Sala sentenciadora señala expresamente que no resulta probada la intervención del acusado en la primera sustracción del vehículo (es decir cuando, varios días antes, se extrajo el vehículo de la disponibilidad de su propietario, sustrayéndolo del lugar donde se encontraba cerrado y aparcado), pero considera que no resulta dudoso que el acusado utilizó en vehículo conociendo su ilícita procedencia pues el cableado se encontraba extraído y a la vista, de manera que indefecti-

blemente tuvo que apercibirse de esta indisoluble circunstancia, lo que lleva a concluir que el acusado “se procuró una sustracción independiente de la primera”.

Esta fundamentación no puede compararse. En primer lugar porque no consta acreditada la forma en que el vehículo llegase al acusado, bien tomándolo del lugar donde lo habían dejado los autores de la sustracción o bien meramente cedido por éstos para su utilización, por lo que no estando acreditado más que el hecho de que el acusado utilizó el vehículo conociendo su ilícita procedencia pero sin haber participado en la sustracción del mismo a su propietario, nos encontramos ante uno de los supuestos de utilización ilegítima sin sustracción despenalizados por el legislador en el Código Penal de 1995 (Sentencias de esta Sala de 3 de febrero de 1998, núm. 119/1998, 17 de febrero de 1998, núm. 198/1998, 18 de junio de 1998, núm. 862/1998, 16 de septiembre de 1998, núm. 1022/1998, 11 de diciembre de 1998, núm. 1575/1998, 27 de diciembre de 1999, núm. 1871/1999, 28 de enero del 2000 (núm. 66/2000), 12 de abril de 2000 (núm. 683/2000) o 14 de marzo del 2000 (núm. 484/2000).

(...)

En segundo lugar, aún admitiendo que el acusado se hubiese encontrado el vehículo abandonado por los autores de la sustracción a su propietario, y lo hubiese utilizado pese a advertir, por la existencia del “puente” en el cableado de ignición que había sido previamente sustraído, no cabe extender a esta utilización con conocimiento de la ilícita procedencia la condición de nueva sustracción, pues nos encontramos, a lo sumo, ante una “apropiación indebida de uso” atípica en nuestro ordenamiento.

(...)

En la presente causa no puede estimarse probado que el acusado fuera el autor de la sustracción del vehículo de propiedad ajena, que había acaecido dos días antes de ser sorprendido pilotándolo (folios 1 y 69), máxime teniendo en cuenta que tal sustracción se produjo sin emplear fuerza en las cosas, con las llaves legítimas que su propietario había dejado dentro del vehículo, por lo que es difícil inferir que el acusado pudiera conocer la ilícita procedencia del vehículo.

Por lo expuesto, se revoca la sentencia recurrida, absolviendo a Jon del delito de hurto de uso de vehículo a motor por el que fue condenado, declarando de oficio las costas originadas en la tramitación del recurso.

Auto 21/2003, AP MADRID, Sec. 5.ª, de 10 de enero de 2003

VIGILANCIA PENITENCIARIA: SUPRESIÓN DE COMUNICACIONES “VIS A VIS” COMO MEDIDA CAUTELAR EN UN EXPEDIENTE SANCIONATORIO PENITENCIARIO.

Art. 243 Reglamento Penitenciario

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vieira Morante**

SÍNTESIS

La ausencia de un procedimiento específico que regule la aplicación de estas medidas cautelares, fuera de la previsión genérica del art. 243 del Reglamento Penitenciario —tal como expresa el auto— hace ineficaces la mayo-

ría de los pronunciamientos que resuelven las quejas de los internos sobre estos puntos. Resalta la resolución de la Audiencia que la dación de cuenta a la autoridad judicial de estas medidas cautelares no es una mera puesta en conocimiento del juez de la decisión adoptada, sino que se realiza a los fines del control jurisdiccional de la finalidad, motivación y proporcionalidad de la medida cautelar impuesta (en este caso, más gravosa que la sanción definitiva principal).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La queja del interno hace referencia a tres extremos: la actuación de un funcionario al término de una comunicación “vis a vis” mantenida por el aquí recurrente, la duración de esa comunicación y la aplicación de una medida cautelar de privación de ese tipo de comunicaciones durante dos meses.

Segundo.—Respecto al primer extremo, afecta a los hechos que motivaron un expediente sancionador contra el interno —que según sus propias alegaciones terminó con una sanción de privación de paseos y actos recreativos comunes durante seis días—, por lo que, no siendo recurrible ante este Tribunal la resolución del recurso de alzada interpuesto en tal expediente, tampoco podemos entrar a analizar nuevamente las cuestiones definitivamente resueltas en el mismo.

Tercero.—En cuanto a la duración de la comunicación que mantuvo el interno, (...) ningún dato objetivo consta en las actuaciones ni prueba alguna se ha aportado que permita poner en entredicho lo afirmado por el funcionario que controló esta comunicación.

Por tanto, no puede atenderse este aspecto de la queja que plantea el interno.

Cuarto.—Sin embargo, en lo que afecta a la aplicación de la medida cautelar de privación de comunicaciones vis a vis durante dos meses, sí debe ser reconocida —aunque sea a efectos meramente declarativos dado el tiempo transcurrido— la improcedencia de la medida adoptada.

En primer lugar, la ausencia de un procedimiento específico que regule la aplicación de estas medidas cautelares, fuera de la previsión genérica del artículo 243 del Reglamento Penitenciario, y por tanto, la falta de un cauce procesal especialmente rápido que permita resolver la cuestión en un plazo breve que otorgara eficacia a cualquier decisión que pudiera adoptarse, han impedido en este caso que el interno obtuviera una resolución definitiva dentro del periodo en el que se le impuso la medida cautelar.

No obstante, debe ponerse de manifiesto que “la puesta en conocimiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria” que se contempla en el apartado 2 de dicho artículo 243 debería haber provocado una resolución expresa judicial que, en vista de los motivos expresados para la aplicación de la medida cautelar, confirmara, modificara o dejara sin efecto la misma, ponderando tanto su idoneidad en función de los fines para los que se prevé (asegurar la eficacia de la resolución o el buen fin del procedimiento disciplinario, o evitar la persistencia de los efectos de la infracción), como la necesidad y proporcionalidad de la concreta medida en relación con los hechos que la provocaron. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en sentencia 175/1997, reiterada en la n.º 192/2002 (aunque sea respecto de otras medidas, pero con doctrina plenamente trasladable a este caso, aunque no afecte aquí a un derecho fundamental), “la necesidad de la comunicación de la medida adoptada a la autoridad judicial competente ha de ser inmediata, con el objeto de que ésta ratifique,

anule o subsane la decisión administrativa, es decir, ejerza con plenitud su competencia revisora..., articulándose como una auténtica garantía con la que se pretende que el control judicial... no dependa del eventual ejercicio por el interno de los recursos procedentes”, reiterando después que “rectamente entendida esta dación de cuentas a la autoridad judicial competente implica no sólo la mera comunicación del órgano administrativo al órgano judicial para conocimiento de éste, sino un verdadero control jurisdiccional de la medida efectuado a posteriori mediante una resolución motivada”.

En segundo lugar, en el testimonio de particulares remitido a esta Sala no aparece una motivación que precediera a la adopción de esta medida cautelar y en la que se precisaran las finalidades que pretendían conseguirse con la misma y se realizara el juicio de proporcionalidad exigido en ese precepto.

Y, a falta de esa motivación expresa, no se aprecian razones suficientes que justifiquen la aplicación de esa medida cautelar ni su duración.

Debiendo tener relación con el procedimiento disciplinario abierto, la medida de suspensión de comunicaciones no podía tener por finalidad asegurar la eficacia de la resolución que pudiera fin a ese expediente, pues ni siquiera coincide con una de las posibles sanciones de los hechos que motivaron su apertura. Tampoco afectaba al buen fin del procedimiento, pues en nada facilita-

ba su tramitación. Sólo evitar la persistencia de los efectos de la infracción podría justificar su adopción, si se hubiera considerado que la realización de nuevas comunicaciones “vis a vis” podrían dar lugar a nuevos enfrentamientos verbales con algún funcionario.

Pero, aunque se admitiera la legitimidad de esta finalidad, resulta en cualquier caso inidónea y, sobre todo, desproporcionada. Su utilidad para evitar nuevos enfrentamientos con funcionarios es discutible, pues no hay motivo para pensar que en futuras comunicaciones se iban a reproducir las quejas sobre su duración. Pero, en cualquier caso, podría haberse limitado a la suspensión de la siguiente comunicación prevista y no a las de los dos meses siguientes, lo que en la situación del interno, trasladado a Madrid para la práctica de diligencias, supuso la privación de los contactos con sus familiares, que en ese momento estaban facilitados por la reducción de la distancia con su lugar de residencia. Desproporción que quedó más evidente a la vista de la resolución final del expediente disciplinario, en el que se impuso definitivamente una sanción con efectos mucho menos gravosos.

Quinto.—En el sentido anterior, debe estimarse, pues, el recurso y declarar la falta de proporcionalidad de la medida cautelar impuesta, sin que se aprecien motivos para una especial imposición de las costas de este recurso.

Sentencia 24/2003, AP VALENCIA, Sec. 5.ª, de 28 de enero de 2003

CUANTIFICACIÓN DE LA PENA DE DÍAS-MULTA REFERIDA A LAS FALTAS.

Arts. 50 y 638 Código Penal

Ponente: **Ilm. Sr. D. Domingo Boscá Pérez**

SÍNTESIS

Una cuestión es que, por aplicación del art. 638 del CP, se confíe al prudente arbitrio judicial la determinación, razonada, de la pena que debe co-

responder a una falta (en este caso, el número de días-multa) y otra diferente el imperativo del artículo 50.5 del CP en el sentido de que, para la determinación de cada cuota se tenga en cuenta “exclusivamente” la situación económica del reo.

En la práctica, los problemas vienen dados por la dificultad de determinar dicha situación económica. La sentencia recuerda los criterios seguidos por el Tribunal Supremo, así como la evolución de la doctrina jurisprudencial en ausencia de investigación sobre la capacidad económica del condenado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—No hay reparo alguno que oponer a la sentencia apelada por el hecho de que haya impuesto la pena de multa en la extensión escogida; la razón de ello viene explicitada en la misma sentencia y explicada en el escrito del apelado de impugnación del recurso; la actitud recalcitrante del acusado justifica esa elección, y aunque se hubiese escogido el máximo legalmente previsto.

En cambio, la determinación del importe de las cuotas ha de hacerse en atención exclusiva a la situación económica del reo (art. 50.5 del C.P.), y como en la causa no consta investigación alguna sobre las disponibilidades económicas del apelante, no basta que la sentencia se acoja genéricamente al arbitrio judicial en la materia para fijar el importe de las cuotas en la cantidad, ya significada, que se señala. Es cierto también que el grado mínimo de la cuota no puede fijarse sin más en atención a la cantidad mínimamente exigible; al respecto tiene dicho el T.S. en la sentencia número 1.035/2.002, de 3 de junio (...). El artículo 50.5.º del Código Penal dispone, en efecto, que la cuantía de la cuota diaria de la sanción de multa ha de adecuarse a las condiciones económicas del condenado, teniendo que ser proporcional a las mismas. De modo que esa cuantía deberá en todo caso, y a riesgo de quedar de otro modo en la más completa inaplicación el referido precepto en cuanto a las exigencias que establece, fundamentarse en alguno de los siguien-

tes extremos: a) la acreditada situación económica concreta del sancionado, con apoyo expreso en la correspondiente pieza de responsabilidad; b) alguna circunstancia específicamente reveladora de una determinada capacidad económica (propiedad de un automóvil, por ejemplo); c) cuando menos, algún dato que el Juzgador de instancia, desde la apreciación que le permite su inmediación de juicio, ponga de relieve, con argumentos racionalmente aceptables, en la motivación de su decisión al respecto; o d) en todo caso, incluso la posibilidad de que el Tribunal “ad quem” vislumbre, con los datos que se ofrezcan en el procedimiento, que la cuantía aplicada no aparece como desproporcionada, al no resultar excesiva dado su importe, situado con proximidad al límite legal mínimo, y toda vez que no pueda considerarse al condenado carente de todo tipo de ingresos. No podemos olvidar, en ese sentido, que si bien algunas resoluciones de este mismo Tribunal se muestran radicalmente exigentes con estos aspectos, aplicando, sin paliativos, la cuantía mínima legal de la cuota diaria, en ausencia de investigación sobre la capacidad económica del acusado (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1998, por ejemplo), otras más recientes en el tiempo, por el contrario, admiten que, dada la amplitud de los límites cuantitativos previstos en la Ley, (...) la imposición de una cuota diaria en la “zona baja” de esa previsión, (...) no requiere de expreso fundamento (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2.001). Interpretación que no ofrece duda al-

guna en su admisión cuando el total de la multa a satisfacer, por la cuantía verdaderamente reducida de la cuota (no más de quinientas pesetas generalmente) o por los pocos días de sanción (al tratarse de la condena por una simple falta, por ejemplo), es verdaderamente nimia, hasta el punto de que su rebaja podría incurrir en la pérdida de toda eficacia preventiva de tal pena. (...)

Para el caso presente no hay investigación alguna sobre las disponibilidades económicas del apelante en la causa, más que la que de manera impropia ofrece el apelante en su escrito de recurso con una documental que ni se aporta como tal, pero es claro que señalar la cuota en doce euros diarios, a lo que el acusado se mostró conforme en el acto del juicio, ha de considerarse por comple-

to apropiado tanto por lo que enseña la Jurisprudencia antes citada, como por mostrar en ello su conformidad el mismo acusado; en esto ha de corregirse la sentencia apelada.

FALLO

Primero: Estimar, en la parte que se dirá, el recurso de apelación que se sostiene por el condenado señor Jesús María contra la sentencia dictada en los autos de que dimana el presente rollo.

Segundo: Confirmar dicha sentencia en todos sus pronunciamientos, salvo en cuanto a la cuota de la pena de multa, que se señala en la de doce euros por cuota. Se declaran de oficio las costas causadas en el recurso.

Sentencia 3/2003, AP VIZCAYA, Sec. 1.ª, de 13 de febrero de 2003

MENORES: PENA APLICABLE POR DELITO DE ROBO EN GRADO DE TENTATIVA.

Arts. 237 y 238.3.º y 16 Código Penal; 9 LORPM

Ponente: **Ilm. Sr. D. Edorta J. Herrera Cuevas**

SÍNTESIS

Dadas las peculiaridades del enjuiciamiento penal de menores, a pesar del grado de ejecución impuesto del delito y por la vía del art. 9 de la LORPM, la Audiencia confirma la sentencia del Juzgado de Menores, ratificando la medida que se impuso, a la vista de las circunstancias concurrentes que se explicitan en la parte de la sentencia de la sala que extractamos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES

Primero.—Por el Juzgador en primera instancia se dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice literalmente: “FALLO: Que

debo imponer e impongo al menor Juan Ignacio la medida de un año de libertad vigilada con obligación de someterse a las tareas socio educativas que mejor se adapten a su situación. Se imponen a Juan Ignacio las

costas causadas en este procedimiento reputándose la mitad restante de oficio.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Por ello, no merece acogida el recurso salvo en punto a que la participación en el robo fue tentada, o la acción ejecutada debe subsumirse en el tipo de tentativa de robo con fuerza en las cosas (arts. 237 y 238.3.º en relación con el 16 CP), como admite el Ministerio Fiscal en su impugnación.

Y sin embargo, ello no pertenece a las reglas de aplicación de las medidas en el proceso de menores, dentro de las solicitadas por la acusación única oficial, y puesto que no hay supuesto de los comprendidos en art. 9 LORPM, el criterio es de flexibilidad en la prudencia judicial, para la cual no sólo ha de tenerse en cuenta la prueba y valoración jurídica de los hechos, como aquí pudiera ser que el resultado sea tentado, a la luz de la prueba, y no consumado, sino las circunstancias e interés del menor, junto con el informe del equipo técnico (art. 8.3 LORPM), la consideración de que Juan Ignacio tenía diecisiete años cuando cometió el hecho, a un mes de alcanzar la mayoría de

edad, el que consta haber sido expedientado cinco veces para cuando es examinado por el equipo técnico, el haber quebrantado las medidas impuestas con anterioridad, el que tuvo que ser hallado por la fuerza pública para asistir a la instrucción del Ministerio Fiscal, y el no haber comparecido a la audiencia, mueve a reputar adecuado a su edad y conducta, y por su interés, la medida impuesta de vigilancia temporal con imposición de actividades.

Todo sin perjuicio de que, por el retraso de la firmeza de esta medida, y la evolución en el “interim” pueda activarse el art. 40 LORPM, y suspenderse la ejecución, con compromisos reintegracionistas del menor.

(...)

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación planteado por Juan Ignacio frente a la sentencia de fecha 30 de setiembre de 2002, dictada por el Juzgado de Menores de Bilbao en la causa penal allí seguida como expediente de reforma n.º 770/01, debemos confirmarla como la confirmamos en los términos expresados en el cuerpo de esta resolución, pronunciando de oficio el pago de las costas de esta alzada.

Sentencia 101/2003, AP VIZCAYA, Sec. 6.ª, de 17 de febrero de 2003

APLICACIÓN DEL INTERÉS POR MORA DEL 20% A TODO EL PERÍODO DE DEVENGO.

Art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. M.ª Jesús Real de Asuna Llona**

SÍNTESIS

Al contrario que otras Secciones de esta Audiencia, en la sentencia se declara que una vez transcurridos dos años de mora sin que la Aseguradora haya abonado o afianzado la indemnización derivada de accidente de tráfico,

el tipo del 20% de interés se aplicará al completo período de devengo. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia 62/2003, de 24 de enero, de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Segundo.—(...)

En efecto es de considerar que lo que dicha norma establece no es un tipo de interés progresivo y agravado a partir de distintos días iniciales o “dies a quo”, sino que una vez cumplida la *condictio iuris* de la agravación de la penalización, el tipo agravado se proyecta sobre el completo período de devengo.

Y tal solución la impone tanto la construcción sintáctica concesiva “no obstante” que a nuestro juicio convierte en predomi-

nante y absorbente el tipo mínimo del 20% como la misma falta de homogeneidad entre las dos formulaciones del interés que contiene, —interés legal del dinero incrementado en el 50%, e interés anual no inferior al 20%—, de manera tal que no parece lógico que ambos tipos de interés se yuxtapongan y sucedan en el tiempo formando dos subperíodos diferentes, y es en cambio más previsible que la intención del legislador haya sido la de sustituir una referencia por otra una vez transcurridos los dos años.

(...)

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA 62/2003, DE LA AP DE MADRID (SECCIÓN 4.ª), DE 24 DE ENERO, SOBRE LA MISMA MATERIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Habiendo transcurrido más de dos años desde el siniestro hasta la celebración del juicio, los intereses que se debieron aplicar son los del 20% anual. (...)

Los intereses previstos en el párrafo segundo son aplicables al caso examinado en el que se han dejado transcurrir dos años desde la fecha de producción del siniestro sin efectuar consignación, siendo dicho recargo especial aplicable a todo el período comprendido desde la fecha del siniestro hasta el día anterior a aquel en que se efectúe el ingreso (...)

El párrafo segundo del apartado 4.º tiene naturaleza sancionadora para los casos en los que la aseguradora ha mantenido dicha permanencia en la situación morosa o de incumplimiento rebelde de la asunción de sus obligaciones para con el perjudicado. De-

biendo entenderse que es desde la fecha de producción del siniestro cuando entra en juego dicha previsión o recargo del 20% anual; (...).

Para la interpretación de la citada norma procede acudir a las reglas marcadas por el Código Civil en su artículo 3, y establecer las siguientes consideraciones: a) El párrafo primero del apartado 4.º recoge la regla general aplicable en razón de la mora, habiendo transcurrido los dos años desde el siniestro entra en juego la regla especial, el interés anual no inferior al 20%, agravado por razón del plus de incumplimiento en el que ha incidido el obligado, al referir, “No obstante, transcurridos dos años desde ..., el interés anual no podrá ser inferior al 20 por ciento”. La norma no especifica que deban realizarse dos cálculos para liquidar intereses (uno hasta que transcurran dos años, al interés legal incrementado en un 50%; otro a contar desde los dos años, al 20%), donde

la norma no distingue, no procedería efectuar distinción; b) Si el obligado incumple (sin causa justificada o que no le sea imputable) durante un lapso de más de dos años, es lógico que el legislador responda al plus de incumplimiento con el plus de recargo de intereses, a modo de sanción económica ajustada a toda la conducta omisiva del deber impuesto en la que ha incidido; c) Los antecedentes históricos y legislativos de la misma se hallan en la Disposición Adicional Tercera de la L.O. 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, que ya estaba para las indemnizaciones que deban satisfacer los aseguradores como consecuen-

cia del seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor, el devengo de un interés anual de 20 por 100 a favor del perjudicado desde la fecha del siniestro, si no fueren satisfechas o consignadas judicialmente dentro de los tres meses naturales siguientes a aquella fecha; con la nueva regulación se rebajó el tipo de interés a aplicar sólo si se consignaba dentro de los dos años (lapso temporal suficientemente amplio); d) El espíritu y finalidad de la norma no es otro que el de compensar al perjudicado el persistente incumplimiento en el que ha incidido el obligado y disuadir a éste de incidir en tal conducta omisiva.

Sentencia 94/2003, AP SEVILLA, Sec. 1.ª, de 3 de marzo de 2003

VENTA DE PRENDAS FALSIFICADAS EN “MERCADILLOS”: INEXISTENCIA DE RIESGO DE CONFUSIÓN PARA EL CONSUMIDOR DADA LA DIFERENCIA DE PRECIO CON LAS GENUINAS.

Art. 247.2 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Carmona Ruano**

SÍNTESIS

Se alza el recurrente contra la condena que se le impuso con la fundamentación de que la diferencia de precio existente entre las prendas falsificadas que vendía y las auténticas elimina cualquier riesgo de confusión en el adquirente, no lesionándose ni poniendo en peligro el bien jurídico protegido. Pero la sentencia recuerda que —dada la sede material del precepto por el que se pena— dicho bien jurídico protegido es esencialmente la protección de los derechos de la propiedad industrial y sólo indirectamente los derechos de los consumidores (que encuentran su tutela inmediata en el título que contiene la protección del mercado y de los consumidores).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El recurso se funda, en resumen, en alegar la inexistencia de delito al no

existir riesgo de confusión para el consumidor dado el precio —muy inferior— y el sistema de comercialización —en mercadillos— de las prendas intervenidas en el al-

macén del acusado, por lo que la “falsificación” de las marcas distintivas, que se admite, no sería punible. Tal argumento, que tiene apoyo en alguna resolución dictada por alguna Audiencia Provincial, cuyos principios no pueden compartirse. Tal como resulta de la mera lectura del precepto aplicado, el art. 274.2, que menciona de modo expreso de “infracción de los derechos exclusivos del titular” de los signos distintivos, de la Sección en que se encuadra (“De los delitos relativos a la propiedad industrial”) y de la legislación sustantiva no penal en que se apoya, que en este caso es la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, y su predecesora, la Ley 32/1988, el bien jurídico protegido por el tipo penal de comercialización de productos o servicios con signos distintivos imitados es sustancialmente el derecho de uso o explotación exclusivos de la propiedad industrial. Este uso exclusivo, que es precisamente el núcleo de la protección jurídica de la marca y aún de su valor económico, estaba expresamente recogido en el art. 30 de la Ley 32/1988, vigente cuando se cometieron los hechos, según el cual, el registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo de utilizarla en el tráfico económico”. Naturalmente que la marca también tiene una utilidad derivada para los intereses difusos del público en general, cual es la de facilitar un mejor conocimiento de la calidad o las características de lo que se ofrece en venta. Pero no cabe elevar este interés derivado a la categoría de bien jurídico protegido de modo exclusivo por los delitos relativos a la propiedad industrial, hasta el punto de hacerlos desaparecer con la mera alegación de que no existe perjuicio para los consumidores, obviando en absoluto el perjuicio de los titulares de las marcas contrahechas y su protección penal. No puede dejarse de lado, en este sentido, que los derechos de los consumidores tienen su protección penal específica en los tipos contenidos en la Sección 3.ª del Capítulo XI del Título XIII del Código Penal ba-

jo la rúbrica precisamente “De los delitos relativos al mercado y a los consumidores” y más concretamente en el delito del art. 282 sobre publicidad engañosa, o más genéricamente en la tipificación del delito de estafa, ninguno de los cuales es objeto de acusación en este proceso. Pero es que, además, toda la argumentación del recurrente parte de un presupuesto de hecho que sólo él establece y que carece de cualquier soporte probatorio, cual es la afirmación de que el consumidor distingue perfectamente el producto auténtico del falsificado por el solo dato del canal de distribución. Ninguna prueba se ha practicado sobre ello: no hay muestreos ni estudios sociológicos que puedan apoyar tal aseveración y tampoco una mínima prueba pericial sobre cuál sería la actitud y las creencias de los consumidores ante una prenda como las que almacenaba el acusado. Incluso tal afirmación está contradicha por sus primeras declaraciones en las que él mismo, comerciante experimentado en el sector, afirmó su convicción de que se trataba de prendas auténticas; se trata, naturalmente, de una alegación defensiva que decae ante la prueba pericial practicada sobre las diferencias entre auténticas y falsas, pero da idea, en todo caso, de que las tales diferencias no deberían ser tan palmarias y evidentes ante los ojos de cualquier consumidor. Finalmente, el único hecho probado es que el acusado tenía en un almacén de su propiedad más de cuatro mil prendas falsificadas dispuestas para su comercialización, sin que se haya probado de modo inequívoco que estuvieran destinadas a su venta exclusiva en mercadillos. En suma, al no haberse probado siquiera las bases de hecho sobre las que se funda el recurso y al no ser, en todo caso, el error de los consumidores un elemento del tipo penal del art. 274.2 del Código, que protege directamente como bien jurídico el derecho de exclusividad de uso y explotación de una marca por sus titulares registrales, ha de confirmarse en todos sus puntos la sentencia dictada.

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CONSULTA 1/2003, DE 25 DE JULIO, SOBRE LA NUEVA CONFIGURACIÓN TÍPICA QUE PRESENTA EL DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DEL ARTÍCULO 319.2 CP A PARTIR DE LAS MEDIDAS DE LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR INMOBILIARIO ADOPTADAS EN EL REAL DECRETO-LEY 4/2000

La reforma del art. 9.2 de la Ley 6/1998, de Régimen del Suelo y Valoraciones, operada por el Real Decreto-Ley 4/2000 de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes, ha suprimido la posibilidad de crear el denominado “suelo no urbanizable común”. La Fiscalía consultante cuestiona, en primer lugar, la hipótesis de que la reforma citada haya supuesto un vaciamiento de contenido del actual apartado 2 del art. 319 CF, por venir a coincidir prácticamente con el tipo descrito en el apartado 1 del mismo artículo. Asimismo, plantea la duda acerca de si, en el caso de que exista una legislación autonómica que contemple la posibilidad de crear “suelo no urbanizable común”, dicha normativa autonómica puede ser utilizada para integrar el contenido del tipo previsto en el art. 319.2 CF; o si, por el contrario, debería prevalecer la norma estatal en todo caso, por lo que la norma autonómica que permitiese la creación de “suelo no urbanizable común” carecería de virtualidad a la hora de pretender incardinar una conducta en el citado precepto penal.

La definición del estatuto jurídico de la propiedad del suelo ha experimentado un importante cambio de resultados de la promulgación del Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización del Sector Inmobiliario y Transportes (BOF 151/2000, de 24 de junio), norma que aspiraba a atajar la escasez de suelo urbanizable mediante la ampliación de la oferta del mismo con el fin de contener el incremento del precio final de los bienes inmobiliarios.

La nueva ordenación reduce la discrecionalidad de la Administración en el ejercicio de su potestad de planeamiento y vincula sus decisiones a criterios reglados mediante una reforma del artículo 9.2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (en adelante LRSV), que en su nueva

versión contrae la clasificación del suelo no urbanizable y libera extensas áreas territoriales para su eventual transformación urbanística.

Para un entendimiento más sencillo de la operación legislativa conviene reproducir el texto original del artículo 9 LRSV, que en sendos apartados sintetizaba los dos criterios básicos de determinación de la clasificación del suelo como no urbanizable, en función de su incompatibilidad con la transformación urbanística, o de su mera inadecuación a la misma. Decía el precepto:

Tendrán la condición de suelo no urbanizable, a los efectos de esta Ley los terrenos en que concurren alguna, de las circunstancias siguientes:

1.º Que deban incluirse en esta clase por estar sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial en razón de sus valores paisajísticos históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados, en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público.

2.º Que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales, así como aquellos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano.

Sobre el texto original, el artículo 1, apartado primero, del Real Decreto-Ley 4/2000 introduce una reforma consistente en la supresión del inciso final del apartado 2.º que queda redactado como sigue:

2.º Que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales.

Con tan limitada variación textual, el legislador ha operado una importante revisión de las bases del régimen estatutario de la propiedad del suelo al supeditar la clasificación del suelo no urbanizable a la existencia comprobada y razonada de un valor digno de especial protección, derogando la libertad de que gozaba la Administración competente en materia de planeamiento para excluir del proceso transformador terrenos no comprendidos en áreas de especial protección o carentes de un valor singular y propio.

La Fiscalía consultante llama la atención sobre la incidencia que este cambio tiene en la delimitación típica del artículo 319.2 CP, que sanciona a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable, y que, como tipo penal en blanco, demanda ser integrado mediante la aplicación del ordenamiento secto-

rial que delimita el concepto de suelo no urbanizable y los usos autorizables del mismo.

Como acertadamente indica la Consulta, el cambio legal provoca un juicio negativo de tipicidad en todos aquellos supuestos en que la edificación objeto de incriminación se levante sobre terrenos clasificados en el planeamiento como suelo no urbanizable común, puesto que éste ya no existe y el propietario tendría el derecho a instar su transformación urbanística. Cuestiona igualmente el supuesto vaciamiento del tipo penal del artículo 319.2 CP si se estimare que las razones legales para clasificar el suelo como no urbanizable recogidas en el artículo 9 LRSV resultan coincidentes con los supuestos del artículo 319.1 CP.

En un segundo, pero no menos importante, orden de consideraciones, la consulta advierte el problema que suscita un eventual conflicto de leyes, estatales y autonómicas, cuando establecen criterios de clasificación incompatibles. Particulariza esta crisis centrándose en el supuesto de una Ley emanada del Parlamento de la Comunidad Autónoma en que radica la Fiscalía que, en el ejercicio de las competencias estatutariamente asumidas en materia de ordenación del territorio y urbanismo, instauró una disciplina del régimen jurídico del suelo no urbanizable que autoriza una clasificación del mismo en términos sumamente amplios, recogiendo con carácter residual la totalidad del suelo no clasificado como urbano o urbanizable, con independencia de que esté sometido a un régimen de especial protección.

La Ley autonómica se acomodaba en el momento de su promulgación a la legislación básica del Estado, pero a partir de la reforma entra en abierta confrontación con ella y aunque la Consulta se ciñe a un caso particular, el criterio de solución del conflicto de leyes ha de tener un valor unívoco y extensible al resto de las Comunidades Autónomas, lo que hace sumamente aconsejable un pronunciamiento de alcance general y desvinculado de las concretas circunstancias expresadas en el texto de la misma.

La búsqueda de respuestas al problema que plantea la selección de la ley aplicable para la integración del tipo penal exige por ello un análisis preliminar del bloque de constitucionalidad que arbitra la concurrencia competencial del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de ordenación territorial, así como de los principios constitucionales que disciplinan las relaciones interordinamentales que la naturaleza compuesta del Estado de las autonomías genera en este sector de la realidad.

II

La Constitución generó en su día un intenso debate en torno a la delimitación competencial en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda. A juicio de la mejor doctrina la redacción dada por el constituyente al

artículo 148.1.3.^a) CE fomentó un cierto grado de confusión interpretativa al comprender dichas materias entre las de competencia asumible en todo por las Comunidades Autónomas sin introducir el necesario matiz sobre la posible existencia de reserva de bases en favor del Estado en relación con algunos aspectos implicados en la configuración del suelo.

La legitimidad con que cuenta el Estado para efectuar, en el desempeño de competencias propias, ciertas determinaciones condicionantes del ejercicio de las facultades autonómicas de ordenación del territorio se funda en el hecho incontestable de que Estado y Comunidades Autónomas son entes coextensos que operan sobre un espacio común, sin que sea dable ni factible en la práctica contemplar el territorio como una pertenencia exclusiva de la Comunidad Autónoma.

De este modo, si bien la totalidad de las Comunidades Autónomas han asumido durante el proceso de descentralización política desencadenado por el Título VIII de la CE competencias exclusivas en materia de ordenación del territorio, esta opción estatutaria no ha derogado los títulos competenciales esgrimibles por el Estado y proyectables sobre el mismo, entre los que ocupa una posición preeminente, aunque no aislada, el relativo a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (artículo 149.1.1.^a de la CE), que en el ámbito del derecho constitucional a la propiedad (artículo 33 de la CE) habilita al Estado para legislar sobre el estatuto jurídico básico de la propiedad del suelo, definiendo los criterios mínimos de su clasificación.

Otros títulos competenciales del Estado que pueden condicionar en aspectos básicos la ordenación territorial los encontramos en el artículo 149.1.8.^a —legislación civil, particularmente en materia de propiedad y derechos reales inmobiliarios—, 13.^a —bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica—, 18.^a —bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, procedimiento administrativo común y legislación sobre expropiación forzosa— y 23.^a —legislación básica sobre protección del medio ambiente—.

La solidez de este criterio doctrinal es avalada, en esencia, por la doctrina constitucional, que ha declarado que la clasificación tripartita del suelo (urbano, urbanizable y no urbanizable) realizada por la legislación del Estado tiene perfecto encaje en la competencia atribuida *ex art.* 149.1.1.^a de la CE por su carácter de instrumento técnico para la configuración de los distintos estatutos de la propiedad urbana, sin que ello limite la competencia de las Comunidades Autónomas para fijar y regular, a efectos de planificación o gestión, otras clasificaciones del suelo distintas y superpuestas a las anteriores [SSTC 61/1997, FFJJ 14.b) y 15.a) y 164/2001, FJ 12].

El TC respalda la legitimidad constitucional del artículo 9 LRSV en su Sentencia 164/2001 [FJ 14.2.a)]:

El precepto impugnado, en su redacción de 1998, establece en síntesis, dos criterios directos para la clasificación del suelo como no urbanizable; que el suelo sea incompatible con la transformación y que sea inadecuado para un desarrollo urbano. Estos dos criterios mínimos o elementales de clasificación sirven así como criterios mínimos de igualación de todos los propietarios del suelo. Tal fin igualador atrae en principio la regulación del artículo 9 LRSV a la esfera competencial del Estado ex art. 149.1.1.ª de la CE.

Criterio que la Sentencia extiende al nuevo texto del artículo 9.2 LRSV, en la medida en que la reforma legal no ha producido alteración alguna de los términos de la controversia competencial.

En definitiva, los criterios mínimos que el artículo 9.2 LRSV determina para la clasificación del suelo no urbanizable, la incompatibilidad y la inadecuación para su transformación, constituyen criterios de igualación de todos los españoles en el ejercicio de un derecho constitucional y son constitucionalmente legítimos, por lo que las normas autonómicas de ordenación territorial deben, en consecuencia, respetarlos.

Esta prevalencia de la legislación del Estado no responde, sin embargo, al principio de jerarquía normativa, pues en un Estado compuesto como es el de las Autonomías los diversos ordenamientos jurídicos conviven en un plano de igualdad dentro de sus respectivas esferas competenciales; tampoco obedece a una sucesión temporal de normas, como se apunta en la Consulta, pues tratándose de normas jurídicas pertenecientes a ordenamientos diversos no se puede hablar en sentido propio de derogación tácita por incompatibilidad de contenidos (artículo 2.2 CCiv); descartado queda, igualmente, el principio de especialidad, pues la legislación estatal y la autonómica tratan aspectos distintos, aunque concurrentes, de la ordenación territorial.

En conclusión, el único principio que aporta un criterio válido para dirimir la cuestión es el de competencia, en función del cual la norma válida es la emanada del poder público competente en la materia, criterio que se aplica a la resolución de los conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pero que excede el ámbito de actuación de la jurisdicción ordinaria, al implicar el cuestionamiento de la eficacia de normas jurídicas de rango legal.

Se plantea por ello un sensible problema de naturaleza procesal cuando el aplicador jurídico —en nuestro caso, el Fiscal que ha de seleccionar la norma de complemento de un tipo penal en blanco en el estudio de un caso concreto de infracción de la ordenación del territorio— afronta normas de rango legal que establecen criterios de clasificación del suelo de imposible conciliación; así, cuando la legislación autonómica fija un régimen jurídico del suelo no urbanizable incompatible con las bases determinadas en la normativa estatal, no es

razonable instruir a los Sres. Fiscales en el sentido de que aguarden al planteamiento formal de un conflicto constitucional de competencias entre el Estado y de la correspondiente Comunidad Autónoma en espera de un pronunciamiento expreso del TC que aclare la cuestión.

También resultaría inadecuado el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad respecto de las leyes que considerasen desajustadas al reparto competencial de la CE, pues ya existe una doctrina constitucional consolidada afirmativa de la competencia estatal para fijar los aspectos básicos del estatuto jurídico del suelo.

Propugnamos por ello acudir directamente a la cláusula de prevalencia del artículo 149.3 CE que dice que:

La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas.

Mediante la aplicación directa del precepto constitucional no se pretende en absoluto suplantar al Tribunal Constitucional en su función dirimente de potenciales conflictos de competencia que pudieren plantearse, sino meramente dar una aplicación práctica y útil a la eficacia vinculante *erga omnes* que conforme al artículo 38.1 LOTC despliegan las sentencias recaídas en procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, lo que nos permite acudir a la doctrina sentada en la STC 164/2001, citada *supra*, sobre legitimidad y prevalencia del artículo 9 LRSV para aplicarla como principio general eficaz para la configuración jurídica de los hechos en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

Por otra parte, la prevalencia de la ordenación estatal en este aspecto y su directa incidencia en los instrumentos normativos de planeamiento queda confirmada desde el punto de vista de la legalidad ordinaria si se considera que la reforma introducida en el artículo 1 del Real Decreto-Legislativo 4/2000 quedó incorporada al texto de la LRSV cuyo régimen transitorio, atendiendo a la negativa experiencia acumulada en reformas precedentes, ha procurado evitar inaceptables soluciones de continuidad imponiendo la vigencia inmediata del nuevo régimen jurídico sin necesidad de aguardar a la revisión del planeamiento; de acuerdo con su Disposición Transitoria primera la nueva ordenación del suelo no urbanizable introducida en los artículos 9.2, 15.2 y 16 sería aplicable desde su entrada en vigor a los planes y normas vigentes en momento, sin perjuicio de la obligación, establecida en la Disposición Transitoria segunda, de adaptar el planeamiento cuando se proceda a su revisión.

III

La afirmación de la prevalencia de la legislación del Estado en materia de clasificación del suelo no resuelve de inmediato la totalidad de las cuestiones

implicadas en la Consulta; se ha de atender a la peculiar configuración del ordenamiento urbanístico, a su naturaleza compuesta, que combina en un bloque articulado la legislación estatal y autonómica con la existencia de planes territoriales que tienen por objeto el agotamiento ulterior de las determinaciones de la Ley sobre la totalidad del suelo.

Estos planes territoriales no son meros actos administrativos de carácter general, sino genuinos reglamentos que comparten las características distintivas de las normas jurídicas, eficacia general y vigencia indefinida, y que configuran por remisión del bloque formado por la legislación estatal y autonómica, un segundo escalón del ordenamiento urbanístico que desarrolla hasta su detalle final la ordenación de cada parcela del territorio en ejecución de sus previsiones.

En su calidad de normas reglamentarias los planes están sujetos a un control ordinario de legalidad de parte de los tribunales, que pueden inaplicarlos cuando resulten contradictorios con la legislación vigente; a ello obedece que las determinaciones del planeamiento deban respetar las condiciones básicas de igualdad de los propietarios en el ejercicio de su derecho tal y como las delimita la legislación del Estado, sin que puedan resultar sustancialmente alteradas en ningún ámbito territorial por la normativa autonómica o por los instrumentos de planeamiento urbanístico.

Esta exigencia es más perentoria, si cabe, en el ámbito de la protección penal de la ordenación del territorio, en el que la delimitación de la esfera de lo ilícito no debe desvincularse de las condiciones básicas del estatuto jurídico de la propiedad del suelo definidas por el Estado, razón por la cual no resulta aplicable al caso la doctrina de la STC 120/1998, de 15 de junio, fijada sobre un supuesto típico distinto, relacionado con la represión del contrabando de especies protegidas, que atrae la aplicación de la legislación autonómica vigente en cada territorio como norma de complemento definidora de las especies susceptibles de tal protección.

La formación del juicio de tipicidad correspondiente a la conducta descrita en el artículo 319.2 CP obliga por ello a acudir, como norma de referencia inmediata, al instrumento de planeamiento urbanístico que contenga la particular clasificación del terreno en el que se ha verificado la construcción presuntamente ilícita, con el fin de precisar si se trata, como exige la norma, de un suelo no urbanizable.

Comprobada la clasificación, la reforma del régimen general de este tipo de suelo introducida en el Real Decreto-Ley 4/2000 obliga a llevar el juicio de tipicidad un paso más allá para alcanzar el análisis del fundamento de la misma al objeto de discernir si responde, como exige ahora la normativa estatal, a la concurrencia de un régimen especial de protección o a la finalidad de preservar algún valor o fin específico del suelo, o bien si, por el contrario, es fruto de una decisión discrecional de la Administración planificadora en el desarrollo de una

determinada estrategia territorial, en cuyo caso se entenderá que el terreno en cuestión ha sido reclasificado en suelo urbanizable por ministerio de la Ley y ha quedado en su virtud al margen de la esfera de influencia del tipo penal.

En definitiva, el Real Decreto-Ley 4/2000 lejos de vaciar de contenido el artículo 319.2 CP, ha contribuido a desformalizar la conducta típica asociando la protección penal del suelo a la concurrencia de algún valor singular digno de protección que siendo distinto de los enunciados en el artículo 319.1 CP, justifique con arreglo al planeamiento su exclusión del proceso de urbanización. Ello obliga a efectuar un deslinde más cuidadoso de los criterios de subsunción, forzando una delimitación negativa del tipo que excluya de su esfera de aplicación únicamente los terrenos clasificados de no urbanizables por una opción estratégica del planeamiento en la configuración de las áreas de expansión de la población al margen de su valor intrínseco.

De acuerdo con lo expuesto, cabe concluir que:

1.º El sustrato fáctico del tipo penal del artículo 319.2 CP no desaparece tras las medidas de liberalización del suelo acordadas en el Real Decreto-Ley 4 si bien queda circunscrito a aquellos tipos de suelo no urbanizable que el planeamiento haya decidido preservar en razón de la concurrencia de un singular valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales.

2.º La ley autonómica que establezca un criterio de clasificación del suelo no urbanizable incompatible con el fijado en el artículo 9 LRSV no se aplicará como norma de complemento para la formación del juicio de tipicidad del artículo 319.2 CP.

CRÓNICA LEGISLATIVA

JULIO

- ❑ Ley Orgánica 6/2003, de 30 de junio (BOE de 1 de julio), de modificación de la Ley Orgánica General Penitenciaria.
 - ✓ Modifica el art. 56 de la Ley General Penitenciaria al objeto de precisar las condiciones y garantías de los internos en el acceso a la enseñanza universitaria, de forma que, sobre la base de las especiales circunstancias que concurren en el ámbito penitenciario, se aseguren las condiciones de calidad inherentes a este tipo de enseñanzas.

- ❑ Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio (BOE de 1 de julio), de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.
 - ✓ Modifica los arts. 36, 76, 78, 90, 91 y 93 del Código Penal.
 - ✓ Añade un apartado 5 a la Disposición Adicional quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
 - ✓ Añade los apartados 5 y 6 al art. 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.
 - ✓ Modifica el art. 989 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

- ❑ Ley Orgánica 19/2003, de 4 de julio (BOE del 5), sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.
 - ✓ Modifica los arts. 1.º, 2.º, 3.º, 5.º, 8.º, 12 y 13 y la Disposición adicional segunda de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.
 - ✓ Se añade una nueva letra j) en el art. 113.1 y un nuevo apartado 5 en el art. 112 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria.
 - ✓ Se añade la Disposición adicional segunda a la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones e información de los intermediarios financieros.

- ✓ Modifica la Disposición adicional cuarta de la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del IRPF y por la que se modifican las Leyes del Impuesto sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes.
- ✓ Se añade una nueva Disposición adicional decimotercera a la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley reguladora de las Haciendas Locales.

- Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio (BOE del 16), por la que se modifica la competencia y organización de la Jurisdicción Militar.
 - ✓ Modifica los arts. 23.2, 39, 41, 46.2, 49, 51, 62, 63 segundo párrafo, 79.tercera, 92, 119 segundo párrafo, 122 y 128 a 143 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la Jurisdicción Militar.
 - ✓ Queda sin contenido el Título VI (arts. 111 a 114) de dicha Ley Orgánica 4/1987.
 - ✓ Se modifican los arts. 47, 82 párrafo segundo, 92, 97, 252 y 339 párrafo segundo de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.
 - ✓ Quedan sin contenido los arts. 327 y 433 párrafo primero, letra d) de dicha Ley Orgánica 2/1989.

- Real Decreto 996/2003, de 25 de julio (BOE de 7 de agosto), por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita.
 - ✓ Deroga el Real Decreto 2103/1996, de 20 de septiembre, así como las modificaciones a éste operadas por el Real Decreto 1949/2000, de 1 de diciembre, y por el Real Decreto 1162/2001, de 26 de octubre.
 - ✓ Este Real Decreto será aplicable al derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos de extranjería y asilo, sin perjuicio de lo que disponga su normativa específica.

- Ley 27/2003, de 31 de julio (BOE de 1 de agosto), reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.
 - ✓ Se modifica el art. 13 y se añade el art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

- ✓ En la Disposición Adicional primera se establece que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, oído el Consejo General del Poder Judicial y la Agencia de Protección de Datos, dictará las disposiciones reglamentarias oportunas relativas a la organización del Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, así como al régimen de inscripción y cancelación de sus asientos y el acceso a la información contenida en el mismo, asegurando en todo caso su confidencialidad.

SEPTIEMBRE

- Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre (BOE del 30), de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.
 - ✓ Modifica los arts. 23, 66, 89, 108, 147, 149, 153, 173, 188, 234, 318, 318 bis, 515 y 617 del Código Penal.
 - ✓ Modifica los arts. 57, 61 y 62 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
 - ✓ Modifica los arts. 9 y 107 del Código Civil.

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIÓN

TÍTULO: LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

*Autor: Carlos Mir Puig.
J.M. Bosch, 2000.*

I

1. Carlos MIR PUIG, Magistrado en ejercicio y profesor asociado en la Universidad Pompeu Fabra, ofrece en esta obra un profundo estudio de los delitos contra la Administración pública. El autor aborda una labor de gran envergadura, como es el estudio de nada menos que un Título completo del Código Penal. Desarrolla a lo largo de 413 páginas un exhaustivo análisis de los cuarenta y dos artículos (arts. 404 a 445) que componen el Título XIX del Libro II del CP (“Delitos contra la Administración pública”).

Es cierto que antes de ver la luz esta obra ya existían otros trabajos que habían tratado este tema ⁽¹⁾. Sin embargo, lo más destacable de ella, a mi juicio, es la valentía y el mérito que ha demostrado el autor al enfrentarse él solo ante tamaña labor y, a mi modo de ver, lo ha conseguido hacer con gran brillantez y éxito. Y no sólo lo digo yo, que como cualquier otra opinión personal tendrá el valor que cada uno le quiera otorgar, es que la obra que ahora publica Carlos

(1) Véanse, entre otros, *Cuadernos de Derecho Judicial* 1994, t. IV (“Los delitos de los funcionarios públicos”); *Cuadernos de Derecho Judicial* 1996, t. XXX (“Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995”); *Delitos contra la Administración Pública*, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997; *Los Delitos contra la Administración Pública en el Nuevo Código Penal*, Ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 1997, o, también, *Revista Aragonesa de Administración Pública* monográfico n.º 11 (1997).

MIR constituye básicamente el trabajo de investigación que, bajo la dirección del Profesor Enrique GIMBERNAT ORDEIG, defendió públicamente el 25 de junio de 1999, y con el que alcanzó el grado de Doctor, obteniendo, además, la máxima calificación posible⁽²⁾.

2. Esta tesis doctoral no ha sido, sin embargo, la única que en España se ha ocupado de modo global de los delitos contra la Administración pública. Existen también otras dos, que yo conozca, pero no publicadas. En una, leída en la Universidad de Valladolid en 1985, se expone detalladamente la génesis de este grupo de delitos y se aborda también el problema del posible bien jurídico protegido común a todos ellos. Me refiero a la tesis doctoral de Celia SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, titulada *Contribución a la Teoría General de los delitos de los funcionarios*, Valladolid, 1985. En la otra, leída en la Universidad de Santiago de Compostela en 1998, se analizan los modelos legislativos de otros países (Alemania e Italia) así como la estructura y naturaleza jurídica de los delitos de funcionario contra la Administración pública. Me estoy refiriendo a la tesis doctoral de Fernando VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SELJAS, titulada *Los delitos contra la Administración pública. Contribución a una teoría general*, Santiago de Compostela, 1998.

Con estas tres tesis doctorales, junto con otras específicas sobre algunos delitos contra la Administración pública en particular⁽³⁾, creo que se puede

(2) Con anterioridad también ha publicado otra obra: *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1986, que también bajo la misma dirección constituyó su tesina de licenciatura. Esta obra es, igualmente, un excelente trabajo, en el que el autor lleva a cabo un profundo estudio de todo el sistema de penas que se pretendía introducir con el Proyecto de Código Penal de 1980 y con la PANCP de 1983, destacando, así mismo, el influjo que tuvo el movimiento alemán de reforma penal en estos textos.

(3) Salvo omisión por mi parte, en España han sido publicadas las siguientes tesis doctorales sobre delitos contra la Administración pública: ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *El delito de desobediencia de funcionarios públicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1987; CUGAT MAURI, M.: *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1997; MORALES GARCÍA, O.: *Los delitos de malversación. (Apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos)*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *La prevaricación del funcionario público*, Ed. Civitas, Madrid, 1980; OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999; REBOLLO VARGAS, R.: *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1996; ROCA AGAPITO, L.: *El delito de malversación de caudales públicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999; RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: *El delito de cohecho. Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999; VALEJE ÁLVAREZ, I.: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, EDERSA, Madrid, 1995.

tener una visión muy precisa y completa no sólo del vigente Derecho penal de funcionarios, sino también de cómo y por qué la regulación actual es la que es.

II

La obra que comentamos se desarrolla siguiendo el orden del CP. Se encuentra dividida en tres partes, a las que hay que sumar una introducción, unas conclusiones y una bibliografía. No veo ningún inconveniente en dividir la obra de este modo, sin embargo, creo que hubiese sido conveniente explicar la distribución de la exposición de las diversas figuras delictivas en tres partes.

1. Carlos MIR comienza el estudio de los delitos contra la Administración pública con una **Introducción**, en la que analiza, de modo sencillo pero preciso, diversas cuestiones comunes a todos estos delitos. En primer lugar, aborda la cuestión de la delimitación del bien jurídico categorial que pueda unir a estos delitos. Según él, el mismo se podría cifrar en el “correcto funcionamiento de la Administración pública, en su vertiente objetiva o de ‘función pública’ o servicio público, en su aspecto más bien externo, de la relación Administración-ciudadano” (p. 19, y también 224 y ss., como introducción al delito de cohecho). Destacamos, a continuación, el estudio que el autor hace de los conceptos de funcionario y de autoridad pública a efectos penales (pp. 20 ss.), porque de qué se entienda por funcionario y autoridad dependerá que una persona pueda ser o no autor de dichos delitos. Para finalizar, se ocupa, con mayor extensión que en las anteriores cuestiones, de diversos problemas de índole procesal (pp. 29 y ss.), como la competencia del Tribunal del Jurado en algunos de los delitos contra la Administración pública y, en particular, la competencia por conexidad (pp. 32 y ss.) Asimismo, se ocupa de las cuestiones prejudiciales jurisdiccionales administrativas (pp. 36 y ss.)

2. En la **Primera Parte** de la obra, Carlos MIR PUIG examina los siguientes delitos: prevaricación de funcionarios, nombramientos ilegales, omisión del deber de perseguir delitos, abandono de destino, desobediencia funcional y denegación de auxilio.

a) Por lo que a la *prevaricación* se refiere (pp. 41 y ss.), comienza por revisar críticamente la supresión de la modalidad imprudente, y llega a preguntarse si esto no supondría un inaceptable privilegio del funcionario frente al juez, que sigue pudiendo ser condenado por cometer imprudentemente una prevaricación (p. 45). El autor examina todos los elementos típicos de la prevaricación: “resolución arbitraria” equivale, en su opinión, a resolución notoriamente injusta, es decir, de ilegalidad burda, evidente y expresiva del desprecio por los principios que rigen la actuación administrativa (p. 47); y en cuanto al término “injusticia”, se decanta por interpretar que el CP se acerca a una teoría

mixta (p. 53), dado que al lado de exigir que la resolución sea notoriamente contraria al ordenamiento jurídico, es preciso que concorra además un elemento subjetivo del injusto constituido por el ánimo o desprecio de los medios o métodos científico-jurídicos, o un ánimo de favorecer o perjudicar al destinatario de la resolución al margen de la normativa aplicable: “a sabiendas de su injusticia”, que impediría condenar por dolo eventual (p. 56). A continuación el autor se detiene en analizar la jurisprudencia vertida sobre este delito y, en particular, destaca algunos casos polémicos, como el caso Barreiro (p. 58) y el más reciente, aunque se tratase de una prevaricación judicial, caso Gómez de Liaño (p. 63).

En su opinión, la prevaricación es un delito de mera actividad (p. 67) y, por tanto, no puede realizarse en comisión por omisión (p. 69), aunque podría quedar abierta la vía de la comisión propia o pura, porque la Ley 30/1992 da carta de naturaleza a las resoluciones presuntas. La prevaricación es un delito especial propio (p. 72) y de propia mano, con lo que no admite la comisión en autoría mediata (p. 73). Con respecto a la participación hace una detenida exposición de la jurisprudencia del TS, destacando cómo en la actualidad admite la unidad del título de imputación en los delitos especiales propios, aunque atenúa la responsabilidad del *extraneus* por medio de una atenuante analógica muy cualificada (pp. 75 y ss.) En este momento el autor no se pronuncia sobre esta jurisprudencia, pero lo hace más adelante, con motivo del estudio de la infidelidad en la custodia de documentos, y la considera adecuada (pp. 163 y ss.) Quizás el carácter común a todos los delitos contra la Administración pública hubiese aconsejado tratar esta cuestión en la Introducción, lo mismo que acontece, en mi opinión, con el examen de la autoría mediata que hace en el delito de malversación (pp. 308 ss.)

b) A continuación examina los *nombramientos ilegales* (pp. 80 y ss.), comportamientos que, según él, afectan directamente a la organización interna de la Administración y sólo indirectamente al servicio público que debe prestar a los ciudadanos (p. 81), por lo que se configuran como delitos de peligro abstracto (p. 82). Esto le lleva a compartir la opinión de Santiago MIR PUIG, que abogaba hace tiempo por la desincriminación de estos comportamientos relegándolos al terreno meramente disciplinario.

c) En tercer lugar, aborda el estudio de la *omisión del deber de perseguir delitos* (pp. 90 y ss.), empezando por el bien jurídico protegido, que para él es el correcto desempeño de la función pública, pero tal desempeño se protege en tanto que, por su mediación, se prestan unos servicios a la comunidad, siendo los intereses directamente tutelados el servicio de administración de justicia y el de policía (p. 90). Califica a este delito, siguiendo la terminología de SILVA SÁNCHEZ, como un delito de omisión pura de garante (p. 91).

d) En cuarto lugar, analiza la regulación del *abandono de destino* (pp. 92 y ss.), y considera que las tres conductas tipificadas en el art. 407 giran en torno

a la idea de simpatía, o cobardía o simple oportunismo con los rebeldes, más que en torno a la colaboración, porque si no los funcionarios serían partícipes en los delitos de los particulares y entonces decaería el delito de abandono de destino. Este delito atenta contra los concretos servicios de los poderes públicos relacionados con la administración de justicia, la policía judicial y el orden público. Son delitos de omisión de mera inactividad, mutilados de dos actos (p. 94), y sólo pueden ser cometidos por aquellos funcionarios que tienen alguna competencia o vinculación, cuanto menos genérica, en punto a conseguir o impedir delitos, o a ejecutar las penas impuestas (p. 95). En el art. 409, en cambio, se contemplan dos modalidades delictivas que atentan en general contra la regular prestación de los servicios públicos por la Administración, siempre y cuando se traten de abandonos colectivos y manifiestamente ilegales, para así no cohartar el derecho de huelga (pp. 96 ss.).

e) En quinto lugar, se ocupa del delito de *desobediencia funcional* (pp. 99 y ss.). Según él, el presupuesto de estos delitos es una relación de sujeción especial que, normalmente, será de jerarquía, aunque no siempre, pudiendo ser la relación de subordinación orgánica o funcional. En este sentido, siguiendo la opinión de ÁLVAREZ GARCÍA, también constituye un criterio decisivo en el deber de obediencia del funcionario el concepto de “competencia” (p. 100).

Con motivo del examen de este delito, el autor aborda el estudio de la exigencia de obediencia debida (pp. 103 y ss.), puesto que los límites de ésta dependerán del ámbito del deber de obediencia que se desprende del delito de desobediencia. Por ello presta especial atención al problema de los llamados mandatos antijurídicos obligatorios (pp. 118 y ss.), y entiende que los mandatos derivados de resoluciones judiciales, decisiones y órdenes emanados de una autoridad competente y dictados dentro del ámbito de su competencia respectiva y con las formalidades legales y dirigidas a funcionarios públicos competentes para su ejecución, en principio y en una perspectiva *ex ante* (en el momento de la ejecución) gozan de una presunción de legalidad, de modo que deben ser obedecidos (siempre en el caso de las resoluciones judiciales, y sólo respecto de los mandatos que no infrinjan manifiestamente la Ley o cualquier otra disposición legal, si son administrativos). Fundamenta dicho tratamiento diferente en el art. 117 CE, que atribuye en exclusiva la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado a los Juzgados y Tribunales, y además en el derecho a la tutela judicial efectiva y en la división de poderes. Según esto, quienes tienen siempre, constitucionalmente, la última palabra son los Jueces y Tribunales al dictar sus resoluciones jurisdiccionales firmes (p. 123).

Por otra parte, considera que la exención de responsabilidad específica del párrafo 21 del art. 410 CP es una causa de justificación específica (pp. 132 y ss.) y no una causa de exclusión de la tipicidad, porque si el funcionario realiza la conducta prevista en el párrafo 11, el ataque al bien jurídico protegido no desaparece, simplemente se permite dicha agresión.

Finalmente, en el estudio de este delito, el autor examina la cuestión de la *remonstratio* (pp. 134 ss.), deteniéndose, en particular, en el examen del caso del Ministerio Fiscal (pp. 138 ss.), y llega a la conclusión de que el CP/1995 habría derogado el art. 27.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

f) Concluye esta Primera Parte con el estudio del delito de *denegación de auxilio* (pp. 141 ss.). Lo característico de esta figura delictiva es que el sujeto activo se encuentra en una relación de coordinación con el órgano emisor del requerimiento, y no en una relación de subordinación especial, como en el delito de desobediencia. De esta relación nacen deberes de colaboración entre los diferentes poderes (ejecutivo, legislativo y judicial). El delito de denegación de auxilio castiga el mal funcionamiento de la relación de colaboración por parte de los funcionarios públicos, por lo que, según el autor, este delito protege el *principio de coordinación* (art. 103.1 CE) (p. 142).

3. En la **Segunda Parte** de la obra el autor se detiene en el examen de los delitos de infidelidad en la custodia de documentos, de violación y revelación de secretos, de cohecho y de tráfico de influencias.

a) El autor se ocupa, en primer lugar, de la *infidelidad en la custodia de documentos*, y comienza por analizar los diversos aspectos comunes a las diversas modalidades: el bien jurídico protegido, el concepto de documento, el sujeto activo, el sujeto pasivo y el tipo subjetivo (pp. 158 y ss.). Luego examina cada una de las modalidades delictivas. Todas ellas tutelan la preservación de la integridad o la confidencialidad de documentos o informaciones que se imponen a los funcionarios públicos como trascendentes y necesarios para la organización social y jurídica de la Administración. Pero este aspecto en común no impide poder decir que cada una de ellas mantiene un ámbito de incriminación autónomo. De este modo, en el art. 413 se castiga la infidelidad material, la vulneración de los deberes de custodia, como delito especial propio y de resultado y en el que cabe la posibilidad de comisión por omisión (pp. 167 y ss.); en el art. 414 se castiga la destrucción o inutilización de barreras de protección dirigidas a impedir o restringir el acceso ilícito subrepticio a los documentos secretos o confidenciales (pp. 175 y ss.); en el art. 415 se castiga el acceso ilícito al contenido de tales documentos (pp. 177 y ss.) Por último, estudia la cláusula de extensión de la responsabilidad a los particulares que se encuentren encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos (art. 416) (pp. 183 y ss.), que considera como un “encargo fáctico” y que en la actualidad el tipo de conductas que generalmente podrán dar lugar a la aplicación de la presente cláusula serán las cometidas por empresas privadas dedicadas a la custodia y transporte de toda clase de documentos.

b) En segundo lugar, se adentra en el estudio de la *revelación de secretos e informaciones por funcionario público* (pp. 185 ss.), comenzando por analizar el concepto de secreto, y admite la definición usual del mismo, como conoci-

miento reservado a un círculo limitado de personas y oculto a otras, pero no todo secreto merece protección jurídico-penal, sino que en el caso del art. 417 CP sólo será relevante la revelación de secretos que afecten a los intereses públicos de la Administración, cuya confidencialidad debe ser preservada, y que afecten, por ende, al correcto funcionamiento de la función pública (p. 186). En estos delitos se conculcan los deberes de sigilo o discreción funcional relativos a secretos o informaciones públicas o privadas. El autor se detiene, en particular, en analizar el problema jurídico-penal de las filtraciones de noticias a medios de comunicación por parte de funcionarios (pp. 201 y ss.) y también el de los secretos oficiales y de Estado, sobre la desclasificación de los “papeles del CESID” (pp. 207 y ss.) Por último, expone el aprovechamiento indebido de secretos o de información privilegiada por particular (art. 418) (pp. 218 y ss.).

c) La obra continúa con el estudio de los delitos de *cohecho* (pp. 222 y ss.) En opinión de Carlos MIR, el bien jurídico protegido en este capítulo es distinto según se trate de un cohecho pasivo propio o impropio. En el cohecho propio se trata de preservar la legalidad de los actos administrativos, castigándose la ilegalidad por venalidad. En cambio, en el cohecho pasivo impropio no se castiga ninguna ilegalidad respecto a los actos administrativos, sino que el bien jurídico es la probidad económica o austeridad del funcionario en garantía de la futura legalidad o imparcialidad de sus actos administrativos; se pretende evitar la codicia del funcionario. Y respecto al delito de cohecho activo propio también se quiere evitar la ilegalidad o parcialidad venal del funcionario (p. 227). A continuación, el autor examina las numerosas novedades que ha introducido el CP/1995 en este delito (pp. 228 ss.), entre las cuales hay que destacar la excusa absolutoria del art. 427, cuya finalidad es, según Carlos MIR, promover y facilitar la persecución y descubrimiento de los delitos de cohecho cometidos por los funcionarios públicos (p. 232), y también el amplio estudio que el autor hace del problema de si es punible o no el cohecho activo impropio, esto es, el ofrecimiento de regalos por parte del particular al funcionario en consideración a su función. Según él, existen argumentos tanto a favor como en contra de defender la atipicidad de dicha conducta. Para él deberá esperarse a la nueva jurisprudencia que se dicte por la Sala 20 del Tribunal Supremo para saber cuál de ambas interpretaciones acabará consolidándose (p. 248).

d) Por último, concluye esta Segunda Parte con el estudio del delito de *tráfico de influencias* (pp. 249 y ss.) Comienza este capítulo con el examen de la regulación legal anteriormente vigente que fue introducida por la LO 9/1991, de 22 de marzo (pp. 251 y ss.). El autor distingue, a este respecto, la parte objetiva del tipo, en la cual analiza la acción, la relación de causalidad entre la acción y el resultado, la imputación objetiva del resultado a la acción, y el resultado típico; y la parte subjetiva del tipo, que estaría compuesta por el dolo. En el examen de la regulación actualmente vigente (pp. 262 y ss.) también

analiza todos estos elementos del tipo, pero observa que en la nueva regulación se ha producido un cambio importante. Según él, el legislador ha avanzado las barreras de protección del bien jurídico (que él concibe como el correcto funcionamiento de la Administración pública, conforme a los criterios de objetividad e imparcialidad), al dejar de configurar el tráfico de influencias como un delito de resultado y configurarlo ahora como un delito de mera actividad y además con un delito de resultado cortado. Así pues, dice él, la ley adelanta la frontera de la represión penal a un momento anterior a la efectiva producción del resultado que quiere evitar: una resolución favorable económicamente al sujeto activo o a un tercero (p. 264). Aplicando los criterios de la teoría de la imputación objetiva llega a la conclusión de que el influir con prevalimiento en un funcionario público para conseguir una resolución “justa” que pueda favorecer económicamente al sujeto activo o a un tercero, no constituye uno de los fines de protección de la norma, pues con dicha conducta no se afecta al bien jurídico protegido, sea éste concebido como el correcto funcionamiento de la función pública o como la confianza en la imparcialidad (p. 271). Por último, analiza el art. 430 CP, un precepto, según Carlos MIR, contiene un delito de peligro abstracto y mutilado de dos actos, que se caracteriza por que la intención del autor al ejecutar la acción típica debe dirigirse a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto (p. 273).

4. La **Tercera Parte** y última de la obra está dedicada al estudio de los delitos de malversación, de fraudes y exacciones ilegales, de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y abusos en el ejercicio de su función.

a) En primer lugar, aborda Carlos MIR el examen de la regulación de los delitos de *malversación* (pp. 275 y ss.), cosa que, por cierto, ya había hecho con anterioridad en un trabajo dedicado al estudio del art. 397 del anterior CP⁽⁴⁾. Inicia este capítulo con una exposición de los antecedentes históricos mucho mayor de lo que ha hecho en los otros delitos, ya que aquí se remonta incluso hasta el Derecho romano (pp. 276 y ss.) A continuación acomete la difícil tarea de determinar el bien jurídico protegido (pp. 280 y ss.), que según él sería el correcto funcionamiento de los servicios públicos en base al mantenimiento de los recursos públicos y a una correcta gestión del patrimonio público (p. 288). Luego pasa a analizar las diversas modalidades típicas de la malversación: la modalidad de apropiación (pp. 290 y ss.), que considera un delito especial impropio (p. 308); la modalidad de distracción (pp. 314 y ss.), que concibe como un delito especial propio (p. 318), y la nueva modalidad de distracción *sui*

(4) MIR PUIG, C.: De la malversación de caudales públicos: propuesta de una nueva interpretación del art. 397 del Código penal, en *Cuadernos de Política Criminal* 1991, pp. 75 y ss.

generis (pp. 318 y ss.), que es también, según él, un delito especial propio (p. 320). Por último, el autor estudia la llamada malversación impropia, esto es, la cláusula de extensión de la tipicidad del art. 435 CP (pp. 322 y ss.).

b) En segundo lugar, el autor se enfrenta ante la regulación de los *fraudes y exacciones ilegales* (pp. 329 y ss.) Estos delitos se caracterizan, a su juicio, por sancionar un comportamiento defraudatorio de naturaleza patrimonial por parte de una autoridad o funcionario público a efectos penales. El objeto de protección en los arts. 436 a 438 CP es la corrección de la actuación de los funcionarios conforme a los principios de legalidad, objetividad, eficiencia e imparcialidad en el área de las relaciones de contenido económico entre la Administración y los administrados (p. 330), configurándose los dos primeros como delitos de peligro abstracto y especiales propios y el art. 438 como delito de resultado y especial impropio (p. 331).

c) Finaliza el estudio de la regulación de los delitos contra la Administración pública con el examen de las *negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y los abusos en el ejercicio de su función* (pp. 352 y ss.) Según Carlos MIR, en todos estos delitos constituye un denominador común, a pesar de su heterogeneidad, el abuso del cargo o de la función pública con la finalidad directa o indirecta, de obtener el funcionario un beneficio económico o de otro tipo (fines distintos o contrarios a los generales) o, si se quiere, la utilización de la función pública para fines privados (p. 354). Divide el estudio de estas figuras delictivas en cuatro grupos: 11. La participación indebida en negocios o actuaciones (pp. 355 y ss.), en donde se protege la imparcialidad de las resoluciones de la Administración, el interés que los ciudadanos poseen en que las autoridades y funcionarios no se mezclen en actividades lucrativas que puedan condicionar la adopción de resoluciones partidistas o la orientación de la función pública al servicio de su enriquecimiento personal; 21. La actividad profesional o de asesoramiento incompatibles (pp. 364 y ss.), cuyo injusto lo constituye, en realidad, una mera infracción disciplinaria, que el legislador ha elevado a la categoría de delito, en un intento de potenciar el principio de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas; 31. El uso indebido de secreto o información privilegiada (pp. 368 y ss.), en donde se protege la igualdad de oportunidades respecto a los demás ciudadanos, y 41. La sollicitación sexual (pp. 373 y ss.), conducta pluriofensiva en la que se agrede el valor libertad sexual, pero también la imparcialidad de las resoluciones de la Administración pública, así como el principio de igualdad.

III

Para finalizar deseo expresar mis más sinceras felicitaciones a Carlos MIR PUIG por este trabajo que ha supuesto un gran esfuerzo de síntesis y de clarifica-

ción del Derecho penal funcional y que, a buen seguro, va a ocupar un lugar destacado entre la bibliografía especializada en el tema. Por todo ello yo recomiendo vivamente su lectura, tanto para aquel que este libro suponga su primer acercamiento a los delitos contra la Administración pública, como para el especialista que desee profundizar en los detalles de la regulación legal de estas infracciones y desee obtener una información más específica.

Luis Roca Agapito

Profesor Doctor de Derecho Penal
Universidad de Oviedo

DERECHO PENAL

I. TRATADOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS

BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Compendio de Derecho penal, parte especial*, vol. 1 (ed. Ceura), Madrid, 2003.

COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, tomo VII, Edersa, Madrid, 2003.

II. LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES

ARROYO ZAPATERO / DE VICENTE MARTÍNEZ (Dir.), *Derecho penal económico*, 2.^a ed., Ariel, Barcelona, 2002.

CGPJ, *Sistemas penales europeos*, Madrid, 2002.

DIEGO DÍAZ SANTOS / FABIÁN CAPARRÓS (Coords.), *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, Colex, Madrid, 2003.

ECHANO BASALDUA, J.I. (Coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao, Univ. Deusto, 2002.

III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL

ALCACER GUIRAO, R., *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*, Comares, Granada, 2003.

DEMETRIO CRESPO, E., *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa. Una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa*, Comares, Granada, 2003.

LLORCA ORTEGA, J., *La ley de indulto*, 3.^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

NÚÑEZ PAZ, M.A., *El delito intentado. Fundamento de su punición. Concepto, naturaleza y elementos. La llamada tentativa inidónea. El desistimiento en la tentativa*, Colex, Madrid, 2003.

PRAT WESTERLINDH, C., *Las consecuencias jurídicas del delito (Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Dykinson, Sevilla, 2003.

SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003.

VENTAS SASTRE, R., *La minoría de edad penal*, Madrid, Edersa, 2003.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, Pamplona, 2003.

IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL

ALONSO PÉREZ, F., *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Aspectos penales y criminológicos. Legislación. Comentarios. Jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2003.

FARALDO CABANA, P., *El delito societario de falsedad en documentos sociales*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003.

GÓMEZ TOMILLO, M., *El deber de socorro (art. 195. 1 del CP)*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003.

GUARDIOLA GARCÍA, J., *La realización arbitraria del propio derecho*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003.

PUENTE ALBA, L.M., *Los delitos contra los consumidores (arts. 281 a 283 CP)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

RUBIO ALBA, P.A., *Omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución*, Edersa, Madrid, 2003.

SÁENZ DE PIPAON Y MENGES, J., *Tratamiento penal del espacio: el territorio, el suelo, la ciudad ¿Globalización o reinención de lo local?*, Colex, Madrid, 2003.

SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos societarios y conductas afines. (La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores)*,

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO / CORTES BECHIARELLI, *Delitos contra la Hacienda pública*, Edersa, Madrid, 2003.

SOLANA RUIZ, J.L., *Prostitución, tráfico e inmigración de mujeres*, ed. Comares, Granada, 2003.

VERCHER / DÍEZ PICAZO / CASTAÑÓN, *Responsabilidad ambiental. Penal, civil y administrativa*, Ecoiuris, Madrid, 2003.

V. DERECHO PENITENCIARIO

ARMENTA / RODRÍGUEZ, *Reglamento penitenciario: Análisis sistemático y recopilación de legislación*, 3.^a ed., Mad, Sevilla, 2003.

VI. CRIMINOLOGÍA

ALONSO PÉREZ, I. (Coord.), *Manual de policía*, 3.^a ed., La Ley, Madrid, 2003.

DONIS SERRANO, M., *Influencia del síndrome premenstrual en la criminalidad femenina*, Edersa, Madrid, 2003.

GARCÍA CATALÁN, J.M., *Delincuencia extranjera e investigación policial*, Atelier, Sevilla, 2003.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. MANUALES, COMENTARIOS Y OBRAS GENERALES

LORCA NAVARRETE, A.M., LOZANO HIGUERO-PINTO, M., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, 7.^a ed., San Sebastián, 2003.

LORCA NAVARRETE, A.M., *Tratado de organización judicial española y principios rectores del proceso*, Ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, 6.^a ed., San Sebastián, 2003.

MONTERO AROCA, J., FLORS MATIES, J., LÓPEZ EBRI, G., *Contestaciones al programa de Derecho procesal penal para acceso a las carreras judicial y fiscal*; Tirant lo blanch, 4.^a ed., Valencia, 2003, 1063 pp.

RIFÁ SOLER, J.M., VALLS GOMBAU, J.F., RICHARD GONZÁLES, M., *El proceso penal práctico. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, 4.^a ed., La Ley, Madrid, 2003, 2124 pp.

II. MONOGRAFÍAS

DIEGO DÍAZ, L.A. DE, *Identificación fotográfica y reconocimiento en rueda del inculpado*, Bosch, Barcelona, 2003, 328 pp.

DOIG DÍAZ, Y., *Jurisdicción militar y Estado de Derecho*, Ed. Universidad de Alicante, Alicante, 2003, 396 pp.

MARTÍN ACÍN, F., ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, J.R., *Metodología del atestado policial*, Tecnos, Madrid, 2003.

MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, 272 pp.

MORA ALARCÓN, J.A., *Los juicios rápidos (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, 267 pp.

MORAL GARCÍA, A. DEL, ESCOBAR JIMÉNEZ, R., MORENO VERDEJO, J., *Los juicios rápidos. (Estudio práctico del nuevo procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos)*, Comares, Granada, 2003, 186 pp.

MUERZA ESPARZA, J., *La reforma del proceso penal abreviado y el enjuiciamiento rápido de delitos*, Aranzadi, Pamplona, 2003, 292 pp.

RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *Intervención judicial en los datos de tráfico de las comunicaciones. La injerencia judicial en los listados de llamadas y otros elementos externos de las telecomunicaciones y comunicaciones electrónicas*, Bosch, Barcelona, 2003, 610 pp.

SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, 709 pp.

URBANO CASTILLO, E. DE, TORRES MORATO, M.A., *La prueba ilícita penal*, 3.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2003, 373 pp.

III. OTROS

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Peripencias del asegurador de automóviles en el proceso penal*, Ed. Mapfre, Madrid, 2003, 216 pp.

SANTIAGO SERRANO, P.J., *Diccionario bilingüe de términos policiales*, Tecnos, Madrid, 2003.